

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 1 0

2010



fundación



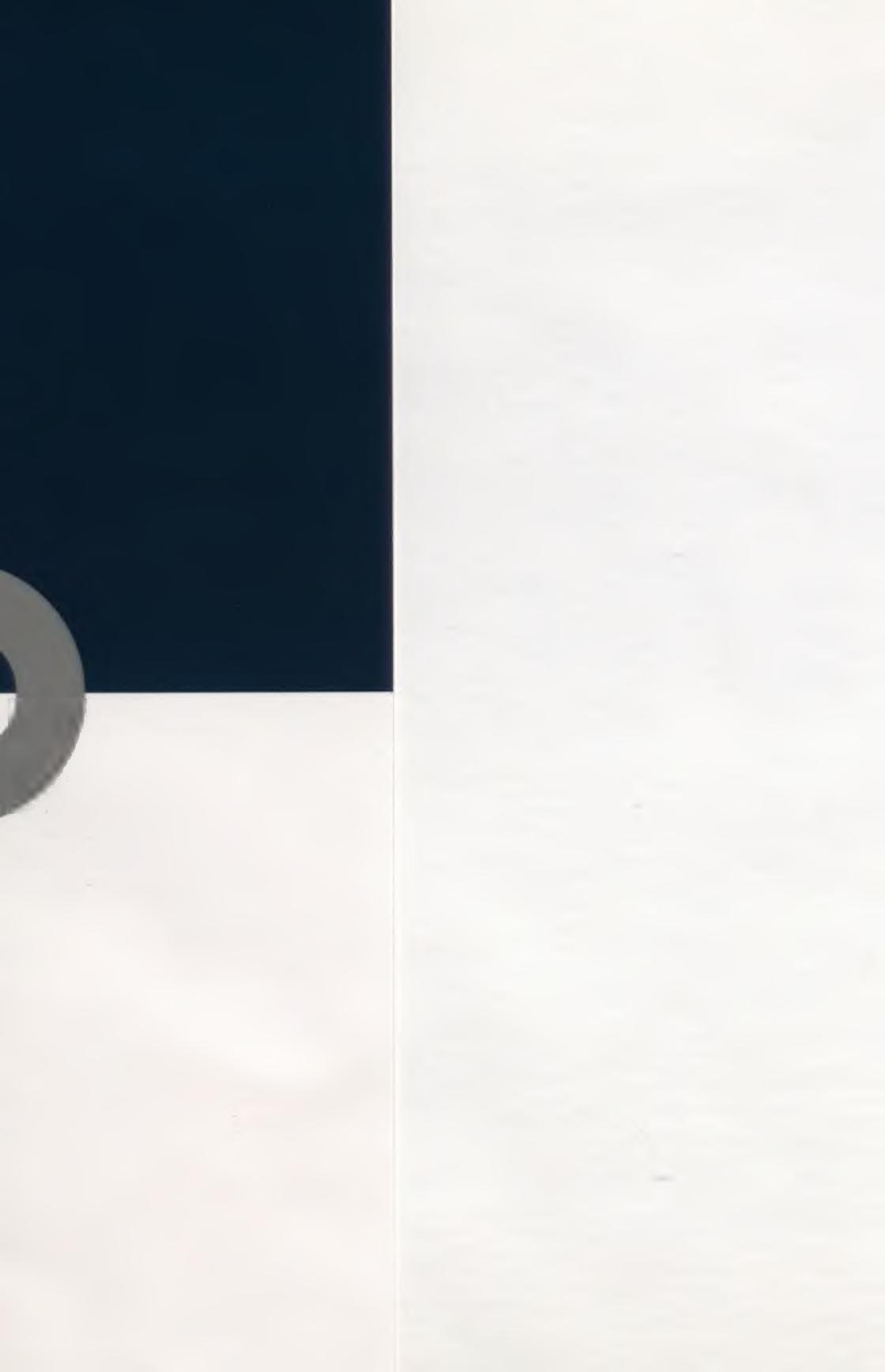
fundación



UAB

Universitat Autònoma de Barcelona

A



ANUARIO DE LA COMPETENCIA

2010

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 2010

Luis Berenguer Fuster

Presidente de la Comisión Nacional de la Competencia

Juan M. Contreras Delgado de Cos

Subdirector adjunto de Relaciones con las Administraciones Públicas de la Comisión Nacional de la Competencia

Beatriz Covacho de la Torre

Inspectora de Competencia de Apoyo a la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia

Juan Espinosa García

Subdirector de Relaciones con las Administraciones Públicas de la Comisión Nacional de la Competencia

Clara Guzmán Zapater

Directora de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia

Inés Godínez Aguirre de Cárcer

*Inspectora de Competencia
Subdirección de Sociedad de la Información
Comisión Nacional de la Competencia*

Isabel López Gálvez

*Subdirectora de Cárteles y Clemencia de la Dirección de Investigación
Comisión Nacional de la Competencia*

Isabel López Sanz

*Inspectora de Competencia en la Unidad de Apoyo de la Dirección de Investigación
Comisión Nacional de la Competencia*

José Antonio Rodríguez Miguez

Alberto Rodríguez Raposo

*Vocal asesor
Subdirección de Sociedad de la Información
Comisión Nacional de la Competencia*

Francisco de Paula Roig Guerrero

*Técnico comercial y economista del Estado
Comisión Nacional de la Competencia*

Joan Torrelles Torrelles

Abogado

Joaquín Trigo

Director General del Instituto de Estudios Económicos

Caridad Villanueva

Subdirectora adjunta Unidad de Apoyo de la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia

ANUARIO DE LA COMPETENCIA

2010

Dirección

LLUÍS CASES

*Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad Autónoma de Barcelona*

Socio Garrigues, Abogados y Asesores Tributarios

ANUARIO DE LA COMPETITIVIDAD

2010

Con el patrocinio de:
Fundación ICO

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

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.41.393-2011
ISBN 978-84-490-2841-0

Impreso en España. Printed in Spain

SUMARIO

Presentación	
FUNDACIÓN ICO	9

PRIMERA PARTE. ESTUDIOS

A vueltas con los intercambios de información	
LUIS BERENGUER FUSTER.....	13

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, durante el periodo 2008 – 2010	
CLARA GUZMÁN ZAPATER.....	45

Defensa de la competencia: ¿por qué y cómo?	
JOAQUÍN TRIGO	67

Una revisión crítica de las medidas comunitarias para hacer frente a la crisis económica y financiera en un mercado global	
JOSÉ ANTONIO RODRÍGUEZ MIGUEZ	81

Programa de clemencia y el concepto de cártel	
ISABEL LÓPEZ GÁLVEZ	103

La cooperación entre autoridades de competencia en la aplicación del los artículos 101 y 102 del TFUE: la actualidad de la ECN	
ISABEL LÓPEZ SANZ	127

Promoción de la competencia y ayudas públicas: el papel de la autoridad nacional de la competencia	
JUAN ESPINOSA GARCÍA Y JUAN M. CONTRERAS DELGADO DE COS.....	151

La aplicación de la política de competencia a las actividades que se desarrollan en Internet	
FRANCISCO DE PAULA ROIG GUERRERO	175

La vigilancia de las resoluciones del Consejo de la CNC BEATRIZ COVACHO DE LA TORRE Y CARIDAD VILLANUEVA.....	199
El intercambio de información entre competidores en las nuevas directrices sobre acuerdos de cooperación horizontal JOAN TORRELLES TORRELLES.....	221
Las operaciones de concentración Telecinco/Cuatro y Prisa/Telefónica/ Telecinco/ Digital+ INÉS GODINEZ AGUIRRE DE CÁRCER Y ALBERTO RODRÍGUEZ RAPOSO.....	245

SEGUNDA PARTE. DIRECCIONES DE INTERNET

1. Unión Europea.....	277
2. Europa no comunitaria.....	280
3. América.....	280
4. Asia y Australia.....	282
5. África.....	283
6. Organizaciones internacionales.....	283
7. Otras direcciones de interés.....	284

PRESENTACIÓN

El Anuario de la Competencia 2010 supone la aparición de esta obra de manera ininterrumpida, durante los últimos quince años; 1996 fue el año al que se dedicó el primer Anuario y desde entonces ha venido publicándose con el apoyo y el patrocinio de la Fundación ICO.

Durante todo este tiempo han aparecido muchos artículos que presentan las novedades más importantes que se dan cada año, a cargo de los más destacados expertos y estudiosos en materias relacionadas con la Economía y el Derecho de la Competencia. Resulta interesante ver cómo en los primeros anuarios publicados se recogían ya aspectos y cuestionaban o planteaban carencias o deficiencias que luego se han ido tratando o corrigiendo y que otros autores han abordado en artículos posteriores, de manera que esta obra puede servir no solo para conocer la actualidad cada año, sino también para estudiar la evolución que el Derecho y la Economía de la Competencia han conocido fundamentalmente en España y en la Unión Europea.

Esta obra pretende, además, promover el debate y la reflexión, recogiendo las aportaciones de los especialistas que analizan las cuestiones más relevantes para el desarrollo de una política sobre la competencia. En este sentido, la selección de temas y autores es de suma importancia para conseguir que, a pesar del paso del tiempo, la obra resulte cada año interesante y de plena vigencia. A ellos, a los autores, nuestro agradecimiento por su colaboración, al igual que a su director Lluís Cases, por su labor al frente de esta obra durante todos estos años, así como a la Universidad Autónoma de Barcelona por su respaldo en este proyecto.

Fundación ICO

PRIMERA PARTE

ESTUDIOS

LA VUELTA AL MUNDO EN VEICULO AUTOMOVILADO
PRIMERA PARTE

1. LA IMPORTANCIA DE LOS ESTUDIOS PREVIOS A LA SALIDA

Antes de salir a viajar en automóvil por el mundo y tener un viaje exitoso, es necesario tener una preparación adecuada. Esto incluye el estudio de los países que se van a visitar, el idioma que se habla, la moneda, el clima, etc. También es importante tener una buena salud y estar bien preparados para cualquier eventualidad que pueda ocurrir durante el viaje.

El primer estudio que se debe hacer es el de los países que se van a visitar. Esto incluye el estudio de la geografía, la historia, la cultura, etc. También es importante tener una buena salud y estar bien preparados para cualquier eventualidad que pueda ocurrir durante el viaje.

El segundo estudio que se debe hacer es el del idioma que se habla en los países que se van a visitar. Esto incluye el estudio de la gramática, el vocabulario, etc. También es importante tener una buena salud y estar bien preparados para cualquier eventualidad que pueda ocurrir durante el viaje.

El tercer estudio que se debe hacer es el de la moneda que se usa en los países que se van a visitar. Esto incluye el estudio de la moneda, el tipo de cambio, etc. También es importante tener una buena salud y estar bien preparados para cualquier eventualidad que pueda ocurrir durante el viaje.

A VUELTAS CON LOS INTERCAMBIOS DE INFORMACIÓN

LUIS BERENGUER FUSTER
Presidente de la CNC*

I. Los intercambios de información como conductas anticompetitivas

No cabe duda de que el siempre controvertido tema de la licitud o ilicitud de los intercambios de información entre empresas se encuentra de plena actualidad entre nosotros y, por ello, no quisiera dejar de intentar realizar algunas aportaciones al estado del debate. Posiblemente determinadas decisiones en los últimos años de la Comisión Nacional de la Competencia («CNC»)¹ y la publicación de las Directrices de la Comisión Europea para el análisis de los acuerdos de cooperación horizontal («Directrices» o «Directrices Horizontales»)² han contribuido a poner de actualidad el debate y, con ello, el tema ha sido frecuentemente objeto de análisis en estudios y seminarios.³

* Como resulta obvio, las opiniones expresadas en este artículo son personales y no comprometen al organismo que presido. Agradezco a Vera Sopena especialmente la ayuda prestada para la elaboración de este trabajo y, con carácter general, su capacidad de trabajo y la calidad del mismo, sobradamente demostradas durante todo el tiempo de su pertenencia a mi gabinete.

1. Ver, entre otras, las resoluciones de la CNC de 2 de julio de 2009, Expte. 2759/07, *Teléfonos Móviles*; de 21 de enero de 2010, Expte. S/0084/08, *Fabricantes de Gel*; de 15 de junio de 2010, Expte. S/0018/07, *Precios Leche*; de 7 de febrero de 2011, Expte. S/0155/09, *STANPA*; de 2 de marzo de 2011, Expte. S/0086/08, *Peluquería Profesional*; de 31 de marzo de 2011, Expte. S/0181/09, *Conservas*; de 27 de mayo de 2011, Expte. S/0128/09, *Fabricantes Envases de Hojalata*, y de 24 de junio de 2011, Expte. S/0185/09, *Bombas de Fluidos*.
2. Comunicación de la Comisión Europea por la que se aprueban las Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal, DO C 11 de 14 de enero de 2011, pág. 1.
3. Los intercambios de información entre competidores han sido tratados prolijamente por la doctrina, muy especialmente tras la Sentencia del TJUE de 4 de junio de 2009, en el asunto C-08/08, *T-Mobile* y la publicación por la Comisión Europea de su primer borrador de Directrices para el análisis de los acuerdos de cooperación horizontal. Ver, entre otros, CAPOBIANCO, A., «Information exchange under EC Competition Law» en *Common Market Law Review* Vol. 41, Issue 5, Kluwer Law International 2004, pág. 1247-1276; ALBORS LLORENS, A. «Horizontal agreements and concerted practices in EC competition law: Unlawful and legitimate contacts between competitors», en *The Antitrust Bulletin*, Vol. 51, nº 4/Winter 2006, pág. 837-876; HAY, G. «Horizontal Agreements: Concept and Proof», en *The Antitrust Bulletin*, Vol. 51, nº 4/Winter

Como bien se ha puesto de manifiesto por todos quienes están participando en el debate, el problema dista de tener los perfiles nítidos que tanto place a los juristas que acostumbran, acostumbramos si es que entre ellos se me incluye, a anteponer a casi todo el principio de seguridad jurídica o, si se quiere hacer una traducción más literal del término inglés, de certeza legal. Pero es difícil encontrarla, y desde luego mi aportación no va a contribuir a conseguir esa certeza tan querida por los juristas. Porque, al fin y al cabo, resulta evidente que entre los dos extremos del debate caben infinidad de posturas que pueden ir, si se quiere simplificar, desde considerar, no me atrevo a decir que ilícito pero al menos sí altamente sospechoso e indiciario de ilicitud, cualquier contacto entre competidores, incluso sin recurrir a la conocida frase de Adam Smith sobre a qué se dedican los empresarios cuando se reúnen, aunque sea con motivo festivo,⁴ hasta, en el otro extremo, la consideración de que el intercambio de información beneficia las decisiones estratégicas de las empresas por cuanto permite ajustar las previsiones de la demanda y los suministros y permite aumentar la eficiencia

2006, pág. 877-914; VIVES, Xavier, «Information sharing: economics and antitrust» en Occasional Paper 07/11 IESE Business School, University of Navarra, enero 2007; PASCUAL PONS, C. «Las prácticas facilitadoras de resultados anticompetitivos» en *Gaceta Jurídica* nº 5 Nueva Época, La Ley, Sept.-Oct. 2008, pág. 17 a 28; PADILLA, J. «Note for the Roundtable on Information Exchanges between competitors under Competition Law», DAF/COMP(2010)28, OCDE; KÜHN, K. «Note for the Roundtable on Information Exchanges between competitors under Competition Law» DAF/COMP(2010)27, OCDE; OVERGAARD, B., MOLLGAARD, H. P., «Information Exchange, Market Transparency and Dynamic Oligopoly» en *Economics Working Papers from School of Economics and Management, University of Aarhus*, 26 marzo 2007; FERNÁNDEZ, C. «Intercambios de Información» en PETITBO, A. y MARTÍNEZ-LAGE, S. (Direc.), *Los Acuerdos Horizontales entre Empresas*, Fundación Rafael del Pino, Ed. Marcial Pons, Madrid 2009; WHELAN, P. «Trading negotiations between retailers and suppliers: a fertile ground for anti-competitive horizontal information exchange», en *European Competition Law*, Vol. 5, nº 3, diciembre 2009, pág. 823-845; LORCA MORALES, T., «El intercambio de información en las asociaciones empresariales: hasta dónde es posible llegar sin incurrir en una infracción del derecho de la competencia», en *Gaceta Jurídica* nº 18 Nueva Época - Nov.-Dic. 2010, pág. 60 a 74, en la pág. 69; KÜHN, K. «Policy Design for Information Exchange. Does Experimental Evidence Help?», OSSOWSKA, A. «Economics & administrable rules in the information exchange chapter. EC guidelines on horizontal agreements (in consultation)», VERGÉ, T. «French Case Law on Information Exchanges» y, de nuevo, OSSOWSKA, A. «Chapter on information exchange in the EC guidelines on horizontal agreements (in consultation) & How the policy fits with European case law» en *International Conference on Competition Law and Policy*, conferencia organizada por la University College of London (UCL) e IMEDIPA en Chipre, 21 y 22 de mayo, 2010; BENNET, M. «The economics of information exchange» y WOODS, D. «New Commission Rules on Horizontal Co-Operation Agreements Information Exchange» en *The New Legal Framework For Horizontal Cooperation Agreements*, conferencia organizada por el Global Competition Law Centre (GCLC) del Colegio de Europa en Bruselas, 16 de febrero de 2011; y ESTEVAN DE QUESADA, C., «Prácticas facilitadoras y sistemas de intercambio de información» en ALONSO LEDESMA, C. y otros, *La aplicación privada del Derecho de la competencia*, Ed. Lex Nova, Madrid, 2011, pág. 851 a 862. También se trataron ampliamente los intercambios de información entre competidores en las *IV Jornadas de la Comisión Nacional de la Competencia*, celebradas en la sede de la CNC en Madrid el 21 de junio de 2011, con la celebración de una mesa redonda coordinada por el presidente del Consejo Galego da Competencia, Francisco Hernández y en la que participaron GUTIÉRREZ CARRIZO, I. «Intercambios de Información», ESTEVA-MOSSO, C. «El análisis de los intercambios de información» y GANUZA, J.J. «Information Exchange and Collusion (in Auctions and Procurement)». Sus intervenciones están disponibles en la página web de la CNC: <http://www.cnccompetencia.es/Inicio/ConocerlaCNC/Actos/tabid/230/ContentID/348286/Default.aspx>.

4. SMITH, A. *La Riqueza de las Naciones*, Ed. Alianza, Madrid, 1997, libro 1, capítulo 10, apdo. 82. En concreto, en su versión inglesa, Adam Smith afirmaba que «*People of the same trade seldom meet together, even for merriment and diversion, but the conversation ends in a conspiracy against the public, or in some contrivance to raise prices.*»

empresarial sin dañar innecesariamente la competencia, por lo que debería merecer, en su caso, una exención a la prohibición. Como se puede fácilmente comprender, entre ambas posturas media un abismo y, como siempre ocurre, habrá que llegar a puerto en las zonas templadas, con independencia de que en este punto hallar ese puerto seguro que desearían las empresas resulta muy difícil, por no decir imposible, por lo que, aunque sea una cierta manera de adelantar las conclusiones, sería oportuno mandar el mensaje de la conveniencia de reducir al máximo, si no fuera posible suprimir, cualquier intercambio de información entre competidores que afecte a decisiones estratégicas en el más amplio sentido de la palabra. Indudablemente en ese punto se encontraría el deseado puerto seguro. Y, además, y posiblemente siga adelantando conclusiones, que la necesidad de analizar cada caso concreto haga difícil obtener, porque nunca hay dos casos iguales, unas líneas doctrinales generalmente aplicables. Tal vez lo importante sea obtener un método de análisis, y esa es la primera y más importante de las conclusiones que se pueden obtener, aunque me haya anticipado a reflejarla al principio de estas líneas.

Nadie duda de que la transparencia de la información puede conseguir mercados más eficientes, en la medida de que puede mejorar la adopción de acuerdos que produzcan mejores precios y mayores beneficios, permite ajustar las predicciones de demanda y por ello mejorar los precios, al reducir la incertidumbre puede aumentar las inversiones, y reduce los problemas de selección negativa e, incluso en determinados sectores, puede ser necesaria.⁵

Si tal es cierto, no es menos cierto que los aspectos negativos derivados del hecho de que los competidores puedan poseer la misma información entre ellos intercambiada puede facilitar, o ser un elemento necesario, para la colusión, o cuanto menos para la coordinación de las conductas y las estrategias y, en ese supuesto, difícilmente podrán encontrarse elementos positivos que compensen los elementos negativos sobre la competencia, por lo que cualquier intercambio de información merece la atención de las autoridades de competencia.

Ahora bien, el problema es que tal tarea resulta cualquier cosa menos sencilla. Los instrumentos que las normas de la competencia permiten para combatir las manipulaciones del mercado son limitados y de hecho se reducen con carácter general a la persecución de las conductas con base en la colusión y los abusos de la posición dominante. Por ello, con frecuencia, en las conductas, como ocurre en las que ahora analizamos, que presentan perfiles menos nítidos es frecuente acudir a conceptos menos detectables por los medios probatorios tradicionales, como son las prácticas concertadas o conscientemente paralelas, o los abusos de la posición colectiva de dominio, aun cuando las dificultades de la aplicación de

5. Todos estos aspectos fueron puestos de manifiesto por Matthew Bennet, director del área económica de la OFT en su presentación de 16 de febrero de 2011 en GCLC en Bruselas, BENNET, M. *op. cit. supra*, en nota a pie de pág. n.º 3, con referencia a los trabajos de Jensen (2007), Kuhn y Vives (1995), Dixit (1989).

esta última figura a los intercambios de información, queda descartada⁶ con toda lógica.

Es cierto que la legislación española permite explorar las posibilidades de aplicar a este tipo de conductas el artículo 3 de la Ley de Defensa de la Competencia de 2007 («LDC»)⁷ cuando las conductas afecten, lo cual resulta indudable, a la competencia, pero hasta el momento la CNC no se ha atrevido a realizar tal análisis y los comentaristas no se han adentrado por esa vía que, no obstante presentar ciertas dificultades, no debe ser rechazada en absoluto.⁸

Posiblemente tenía razón cuando se señalaba, en un tema en buena medida relacionado con este como es el relativo a las conductas conscientemente paralelas, que el problema radica en el hecho de que los juristas y los economistas hablamos de cosas diferentes y así, cuando entre juristas se habla de prácticas colusorias, infieren un intercambio de palabras, mientras que los economistas, cuando hablan de colusión, piensan en estrategias.⁹

Y es al mismo tiempo cierto que en la medida en la que se ha ido intensificando la aplicación de la legislación de la competencia y se han ido sancionando, cada vez con mayor intensidad, los acuerdos colusorios, algunas empresas han ido intentando conseguir por otras vías los mismos efectos positivos, para ellas, de la

6. ESTEVAN DE QUESADA, C., *op. cit. supra*, nota a pie de pág. nº 3, en la pág. 852.

7. Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, BOE nº 159, de 4 de julio de 2007, pág. 28848.

8. La conveniencia del mantenimiento o no del controvertido artículo 7 de la LDC de 1989 (Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, BOE nº 170 de 18 julio de 1989, pág. 22747, en adelante «LDC de 1989», derogada por la actual LDC de 2007, *Ibid*) fue objeto de un buen número de debates con ocasión del Libro Blanco y la tramitación del Proyecto de ley de defensa de la competencia, triunfando definitivamente su mantenimiento como artículo 3 de la LDC de 2007, con ciertas modificaciones. Tras la entrada en vigor de la LDC el artículo ha quedado en cierta medida obviado y los acendrados debates del pasado parecen haber pasado a mejor vida, no puedo ocultar que con cierto sentimiento de frustración por quienes siempre hemos defendido que el precepto ofrece ciertas posibilidades para perseguir conductas anti-competitivas que solo con interpretaciones que podrían considerarse forzadas de los artículos 1 y 2 pueden conseguirse. Sin duda la tendencia a tomar precedentes comunitarios o de otras jurisdicciones donde no existe un precepto similar contribuye a dificultar esta vía, en la que en cualquier caso sería necesario profundizar. Superado en buena medida el debate sobre si las conductas desleales deben limitarse a las reguladas en la Ley de Competencia Desleal (Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, BOE nº 10 de 11 de enero de 1991, pág. 959, recientemente modificada por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, BOE nº 315 de 31 de diciembre de 2009, p. 112039, en adelante «LCD»), no debe olvidarse que el artículo 3 de la LDC puede aplicarse a las conductas desleales por resultar objetivamente contrarias al principio de la buena fe, es decir con aplicación de la cláusula general del artículo 4 de la LCD. Si alguien, por ejemplo el líder barométrico, facilita la información unilateralmente con la intención de señalar un «punto focal para la coordinación» (STIGLER, G. «The Economics of Information» en *The Journal of Political Economy*, Vol. LXIX, nº 3, The University of Chicago Press, junio 1961, citado por BENNET, M., *op. cit. supra* en nota a pie de pág. nº 3) aun cuando los restantes operadores se vean forzados a seguirle, debilitando de esta forma el elemento consensual necesario para la aplicación del artículo 1 de la LDC, podría, en términos hipotéticos, estar vulnerando objetivamente el principio de la buena fe. Con posterioridad, al analizar la Resolución de la CNC de 2 de julio de 2009, Expte. 2759/07, *Teléfonos Móviles*, se volverá sobre esta cuestión.

9. El profesor Herbert Hovenkamp concretamente decía que: «*One reason the courts have had difficulty writing conspiracy rules is that lawyers and economists understand the concept so differently. For lawyers, collusion consists mainly of communicated words (...). In contrast, when industrial organization economists think of collusion, their minds typically do not call up "contracts". Rather, they think of games and strategies, and these are typically much less verbal than the lawyer's idea of agreement will permit.*» Ver HOVENKAMP, H., *The antitrust enterprise: principle and execution*, Harvard University Press, 2005, pág. 126.

colusión sin merecer la persecución de las autoridades de la competencia.¹⁰ O por decirlo de otra manera, las infracciones de la competencia se han ido sofisticando y, en esa medida, se ha complicado considerablemente la persecución de determinadas conductas, aun cuando sus efectos negativos sobre el mercado, sobre el interés público, sean los mismos que los de otras conductas colusorias más burdas, menos sofisticadas.

Y en este apartado no puedo ocultar que los límites fijados en ciertos expedientes de autorización singular no han contribuido a aportar claridad al problema.¹¹ Nuevamente se ha puesto de manifiesto como el formalismo del derogado, afortunadamente, sistema de notificación y autorización singular ha causado estragos en ciertas zonas de la aplicación de las normas de la competencia en las que, como ocurre en el tema de los intercambios de información, es necesario incidir en el análisis individualizado, caso a caso, sin obtener, como desearían los recalcitrantes buscadores de la certeza legal, unas nítidas líneas sobre lo que se puede o no se puede hacer. Pero, naturalmente el formalismo que comporta el expediente de notificación o autorización singular exigía el diseño de tales líneas que o pueden quedar obsoletas o, y ello es peor, distorsionadas por interpretaciones interesadas que van ampliando los límites de lo permitido. Un argumento más para reforzar los argumentos de los críticos, entre los que me encontraba, de ese procedimiento.

Otro problema adicional puede plantearse en la dificultad de ofrecer una respuesta unívoca a todos los supuestos que se pueden englobar dentro del concepto genérico de intercambio de información, ya que, como resulta lógico, en su seno se pueden encontrar un buen número de conductas que presentan perfiles diferentes y que, por lo tanto, pueden tener tratamiento distinto. Las Directrices de la Comisión Europea sobre acuerdos horizontales señalan, en su apartado 55, que el intercambio de información puede revestir diversas formas: los competidores pueden compartir los datos de forma directa, o bien de forma indirecta a través de un organismo común o de un tercero, y señala a continuación una casuística como corresponde al objetivo de unas directrices. Ahora bien, si se hace un esfuerzo de sistematización de las diversas modalidades, podrían simplificarse los supuestos en los que los intercambios de información se producen en el contexto de un acuerdo

10. ESTEVAN DE QUESADA, C., op. cit. *supra*, en la nota a pie de pág. n° 3, en la pág. 851 señala con acierto el precedente de los «Gary's dinners», unas cenas organizadas en los primeros años del pasado siglo por el presidente de la United States Steel Corporation en las que informalmente se cambiaban informaciones sobre precios y cuotas de producción del acero, con el convencimiento de que en dichas intercambios, al no mediar ningún acuerdo, no violaban las normas antitrust. Con el tiempo las autoridades de la competencia se dedicaron a investigar tales cenas y ya en 1920 el Tribunal Supremo de los Estados Unidos decidió que constitúan un caso de fijación de precios.
11. Conviene recordar en este punto, además de la larga saga de expedientes de autorización singular relativos a la creación de registros de morosos, algunos especialmente significativos en la elaboración de la doctrina del extinto TDC, como fueron la Resolución del TDC de 3 de junio de 1996, asunto *Servicio Trip / ASNEF*, Expte. A 164/96 y Resolución del TDC de 7 de julio de 1997, Expte. A-209/97, *Fichero Asnef-Sic*; Resolución de 9 de abril de 2002, Expte. A 296/01, *Anuario Videográfico*; Resolución TDC de 30 de marzo de 2004, Expte. A 329/02, *Estadísticas Cerveceros I*; Resolución del TDC de 11 de julio de 2007, Expte. A 360/06, *Estadísticas de Cerveceros (II)*.

más amplio que puede ser considerado como cártel, otro supuesto diferente sería el de la información unilateralmente facilitada, en público o en privado, a los competidores. Podría señalarse que, en sentido semántico, el verdadero intercambio, exige una información recíproca, y este es otro supuesto; otro supuesto sería cuando la información se facilita por un tercero, sea este ajeno o bien una organización común y, finalmente se pueden señalar algunos problemas que se plantean cuando el intercambio de información tiene lugar, en materia de distribución comercial, entre proveedores y distribuidores. Como se comprenderá hay una amplia panoplia de supuestos en los que resulta difícilmente admisible una única respuesta, y ello por no hablar del contenido de la información, de la frecuencia o de otras modalidades. De la misma forma hay supuestos en los que fácilmente pueden plantearse sin objeciones que algunos intercambios de información constituyen supuestos de prohibición por objeto, mientras que en otros será necesario analizar si la prohibición procede por los efectos, reales o potenciales, anticompetitivos.

Pero, naturalmente, en cualquiera de las modalidades inicialmente planteadas el elemento consensual y la bilateralidad aparecen más o menos nítidos, pero resultan esenciales, ya que hemos de movernos en el campo de los acuerdos colusorios. Pero ello no nos puede hacer olvidar que no es lo mismo una información unilateral, por mucho que exista un tácito entendimiento de que la información se facilita para, y sus receptores tácitamente así lo esperan, realizar paralelismos conscientes, que el intercambio recíproco de informaciones sensibles, porque en ese supuesto el elemento consensual aparece nítido. Por no hablar del intercambio de información que no se presenta aislado, sino como parte integrante de un cártel. La conducta bilateral y el consentimiento estarán presentes en todos los supuestos pero existirá mayor o menor dificultad para probarlo.

Naturalmente las Directrices de la Comisión sitúan el análisis de los intercambios de información en el campo de la aplicación del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea («TFUE»), por lo que se dedica en varios de sus apartados¹² a determinar el elemento consensual que obviamente requiere la presencia de varios actores. Y en este capítulo se señalan, para diferenciar el concepto de práctica concertada del lícito paralelismo que supone «el derecho de las empresas a adaptarse juiciosamente a la conducta visible o prevista de sus competidores»,¹³ que el elemento fundamental se encuentra en la existencia de contactos entre los competidores, sean directos o indirectos, que tengan por objeto influir en la conducta de los competidores o bien desvelar las conductas que se tiene previsto adoptar en el mercado.

12. Apts. 60 a 63 de las Directrices Horizontales, cit. *supra* en nota a pie de pág. nº 2, bajo la rúbrica genérica: «Prácticas concertadas».

13. Apto. 61 de las Directrices, *Ibid.*

En segundo lugar se señala¹⁴ que no es necesaria la reciprocidad en la información. A efectos de la prohibición carece de importancia que la transmisión sea unilateral o bien que todas las empresas se informen recíprocamente de sus intenciones. Resulta obvio que, a pesar de los esfuerzos realizados por los autores de las Directrices para señalar la igualdad de los supuestos, la bilateralidad y el elemento consensual aparecen con desigual intensidad en uno y otro supuesto, siendo naturalmente más débil en el supuesto de la información unilateral y, por ello, conscientemente se señala que cuando una empresa reciba datos estratégicos de un competidor, se presume que ha aceptado la información y se ha adaptado a la conducta del mercado «a menos que responda con una declaración clara de que no desea recibir tales datos».¹⁵ Una exigencia que puede plantear no pocas dificultades probatorias a quien haya escuchado la información pero en nada esta haya influido en su comportamiento o estrategia.

Resulta, por lo tanto, evidente que existe una gran diferencia de supuestos si tenemos en cuenta la presencia, con mayor o menor intensidad o al menos con mayor o menor evidencia, del elemento consensual. Y para reforzar los supuestos menos evidentes puede resultar necesario mencionar que en este orden de cosas se ha considerado en algunos supuestos que el intercambio de información constituye una práctica facilitadora,¹⁶ y ello puede ser cierto en el supuesto de la transmisión unilateral de la información, pero si se trata de una información recíproca no se debe hablar de práctica facilitadora puesto que será más sencillo hablar de la existencia de un verdadero concierto de voluntades para amoldar los comportamientos competitivos. Es decir de un acuerdo.

En cualquier caso, como quiera que los problemas de las distintas modalidades de los intercambios de información plantean problemas diferentes de competencia, o tal vez sea más correcto señalar no tanto que planteen problemas diferentes de competencia sino que precisan de enfoques diferentes para analizar los problemas de competencia que persiguen, producen o pueden producir, deben analizarse por separado los distintos supuestos, con especial referencia a

14. Apto. 62 de las Directrices, *Ibid.*

15. Apto. 62 de las Directrices, *Ibid.* En buena medida se trata de un supuesto analizado por la CNC en las Resoluciones de 21 de enero de 2010, Expte. S/0084/08, *Fabricantes de Gel* y de 29 de junio de 2011, Expte. S/0224/10, *Colomer* respecto a la conducta de Colomer. En el expediente que dio lugar a la primera de las citadas resoluciones no se había imputado a Colomer porque solo se había acreditado su participación en la primera de las reuniones que fue considerada el inicio del cártel, pero el hecho de que no se hubiera aclarado suficientemente el momento en el que decidió desvincularse de las reuniones y así como la indudable realidad de que en la reunión a la que asistió recibió determinada información que pudo determinar su comportamiento en el mercado, dieron lugar a que el Consejo de la CNC instase a la Dirección de Investigación a que se incoase un nuevo expediente, que dio lugar a la segunda de las resoluciones citadas en la que se sancionó a Colomer por haber formado parte de un cártel desde la primera de las reuniones a la que asistió hasta tres meses después cuando se conoció su deseo de desvincularse del mismo.

16. PASCUAL PONS, C. «Las prácticas facilitadoras de Resultados Anticompetitivos», op. cit. *supra*, en la nota a pie de pág. nº 3, en la pág. 23; ESTEVAN DE QUESADA, C. op. cit. *supra*, en la nota a pie de pág. nº 3, en la pág. 856.

los supuestos que han sido analizados en Resoluciones de la CNC (o en su caso del extinto Tribunal de Defensa de la Competencia o «TDC»).

II. Diversas modalidades de intercambio de información

1. Información unilateralmente transmitida

Este supuesto consiste en el hecho de que un operador, normalmente aunque no necesariamente, el incumbente, facilita a sus competidores con carácter previo a su adopción, determinadas informaciones estratégicas sin exigencia de reciprocidad. Esta transmisión normalmente se realizará con cierta publicidad, lo cual, si bien es cierto que facilita su prueba, ofrece al mismo tiempo un argumento de descargo. Puede señalar quien así actúa que el objetivo de su conducta no es anticompetitivo, sino facilitar información al mercado y no específicamente a sus competidores. Ahora bien, ¿es ese el objetivo real de la transmisión de la información? Pues desde la racionalidad del comportamiento no resulta descabellado señalar que esta información así facilitada puede tener como objetivo disminuir incertidumbres sobre los comportamientos de sus rivales o, dicho de otro modo, invitar al paralelismo de los demás facilitando la coordinación. La cuestión no resulta sencilla de analizar y será necesario someter a una cuidadosa observación todos los elementos, particularmente el momento en el que la transmisión de la información se produce. Es este un supuesto típico de práctica facilitadora. Ahora bien el hecho de que este tipo de información se realice con cierta publicidad no es ni mucho menos descartable que haya supuestos en los que la información se transmita en privado de un competidor a otro.

Las Directrices de la Comisión dedican dos apartados a estos supuestos.¹⁷ Se parte de la premisa de que tales intercambios, que en realidad son prácticas facili-

17. Así, en el aptdo. 62 de las Directrices se analiza el supuesto de una comunicación facilitada de forma restringida en los siguientes términos: «62. Una situación en la que solo una empresa revela información estratégica a su competidor o competidores que la acepta(n) también puede constituir una práctica concertada [47]. Estas revelaciones pueden ocurrir, por ejemplo, a través de contactos por correo postal, correo electrónico, llamadas telefónicas, reuniones etc. En este caso carece de importancia si solo es una empresa la que unilateralmente informa a sus competidores de su comportamiento previsto en el mercado, o si todas las empresas participantes se informan recíprocamente de sus respectivas deliberaciones e intenciones. Cuando es una única empresa la que revela a sus competidores información estratégica referente a su futura política comercial, se reduce para todos los competidores implicados la incertidumbre estratégica en cuanto a la operación futura del mercado y se incrementa el riesgo de disminución de la competencia y de comportamiento colusorio [48]. Por ejemplo, es probable que la simple asistencia a una reunión [49] en la que una empresa revela sus planes de precios a sus competidores se incluya en el ámbito de aplicación del artículo 101, incluso aunque no haya un acuerdo explícito de subir los precios [50]. Cuando una empresa reciba datos estratégicos de un competidor (ya sea en una reunión, por correo o electrónicamente), se presumirá que ha aceptado la información y ha adaptado en consecuencia su conducta de mercado a menos que responda con una declaración clara de que no desea recibir tales datos [51].»

Por su parte, el aptdo. 63 analiza un supuesto de anuncio realizado unilateral y públicamente: «63. Un anuncio de una empresa hecho de forma unilateral y verdaderamente pública, por ejemplo a través de un periódico, no suele constituir una práctica concertada a tenor del artículo 101, apartado 1 [52]. Sin embargo, en

tadoras, constituyen una práctica concertada. Pero de su texto se pueden realizar ciertas consideraciones.

En primer lugar, cuando se habla del supuesto de las comunicaciones privadas, se considera que resulta intrascendente que sea una empresa la que facilite la información o que bien todas las empresas la faciliten recíprocamente. Este apartado, que puede resultar equívoco, solo puede entenderse en el supuesto de que no haya propiamente dicha una información recíproca previamente concertada sino que, en realidad, se trate de diversas transmisiones unilaterales de información que coincidan en el tiempo. Un empresario notifica, por ejemplo, sus precios, y los restantes, de forma autónoma, le responden con la misma información, pero ese es un supuesto y otro muy diferente es el que con carácter previo a la reunión o el correo, los diversos competidores hayan acordado transmitirse recíprocamente la información. En este último supuesto no solo puede haber práctica facilitadora, sino que se puede afirmar la evidente existencia de una colusión, e incluso, como más adelante se señalará, de un cártel de intercambio de información. Es decir, que el elemento consensual aparece en toda su extensión. Y lo mismo cabría decir del supuesto de la comunicación pública a que se refiere el apartado siguiente (63). Una cosa es que ante un anuncio, los demás repliquen con sus propios anuncios y otra cosa es que exista una estrategia de comunicar, con una cierta cadencia temporal, los anuncios de cada uno. El problema es que en el texto de las Directrices se considera ilícito cualquier tipo de comunicación, como práctica concertada, a no ser que «cuando una empresa reciba datos estratégicos de un competidor (ya sea en una reunión, por correo o electrónicamente), se presumirá que ha aceptado la información y ha adaptado en consecuencia su conducta de mercado a menos que responda con una declaración clara que no desea recibir tales datos».¹⁸ La verdad es que la exigencia de este comportamiento puede resultar un tanto llamativa e incluso desproporcionada. Podemos considerar, como se ha señalado con anterioridad, que estas consideraciones de la Comisión están motivadas para encontrar el elemento bilateral y consensual por la vía de una cierta flexibilización, que no es inhabitual en la Comisión, del elemento consensual o del relativo a la bilateralidad. Porque la verdad es que un anuncio, realizado en una reunión, por un correo o mediante anuncio público, también podría ser considerado como una conducta unilateral. Es cierto que si a esta información se responde con reciprocidad e incluso adaptando a ella el comportamiento competitivo, puede existir la reciprocidad,

función de los hechos subyacentes a cada asunto, no puede excluirse la conclusión de que existe una práctica concertada, por ejemplo cuando el citado anuncio vaya seguido por anuncios públicos de otros competidores, especialmente porque las respuestas estratégicas de los competidores a los respectivos anuncios públicos (consistentes, por ejemplo, en reajustes de sus propios anuncios anteriores en respuesta a los anuncios de los competidores) podrían resultar ser una estrategia para llegar a un entendimiento común sobre las condiciones de la coordinación.»

18. Apto. 62 de las Directrices *in fine*. La Comisión se basa para realizar esta consideración en las Sentencias del TJUE, ambas de 8 de julio de 1999, en el asunto C-199/92 P, *Hüls*, aptdo. 162; y en el asunto C-49/92 P, *Anic Participazioni*, aptdo. 121.

pero si tal no se produce, la práctica facilitadora seguirá existiendo pero difícilmente podrá ser sancionada por el artículo 101 del TFUE, aunque habrá que tener en cuenta multitud de factores en tal supuesto. Otra cosa es si una conducta consistente en facilitar a los competidores unilateralmente datos que deban permanecer secretos, conducta a la que difícilmente puede presumírsele una intención diferente a la de facilitar un comportamiento paralelo, puede considerarse como una conducta objetivamente contraria al principio de la buena fe y, en la legislación española, perseguir la conducta por el artículo 3 de la LDC. Vaya por delante que exclusivamente se apunta esta vía como una posibilidad a indagar y requerirá de un análisis más profundo que el que en estas líneas se ofrece, pero, teniendo en cuenta que la Comisión Europea no dispone de esa posibilidad, resulta evidente que ese camino convierte en innecesarias las ficciones de bilateralidad que a veces son puestas en cuestión,¹⁹ o también el analizar las conductas de los receptores de esa información, y si han modificado o no, y si lo han hecho voluntariamente o forzados, su estrategia competitiva como consecuencia de la información recibida.

Algunas de las cuestiones planteadas aquí han sido objeto de análisis en recientes Resoluciones de la CNC, concretamente en las de *Teléfonos Móviles*²⁰ y *Colomer*.²¹

Analicemos en primer lugar el supuesto de la Resolución de la CNC en el asunto *Teléfonos Móviles*. Como consecuencia de determinado cambio normativo, las empresas de teléfonos móviles debieron proceder a un cambio tarifario. Movistar anunció el cambio que iba a introducir con cierta antelación sobre la fecha legalmente establecida, con lo que permitió que los otros operadores (Vodafone y

19. Sentencia del TJUE de 6 de enero de 2004, asuntos acumulados C-2/01 P y C-3/01 P, *Bundesverband der Arzneimittel-Importeure eV y Comisión c. Bayer AG*, aptdos. 101 y 102 (asunto «ADALAT»). La Comisión, en su Decisión 96/478/CE, de 10 de enero de 1996, *ADALAT*, DO L 201 de 9 de agosto de 1996, pág. 1, había considerado que un sistema de gestión de inventarios ideado por Bayer por el que fijaba las cantidades a suministrar a los distribuidores de medicamentos, negando el suministro de cantidades superiores a las calculadas, constituía un acuerdo. La Comisión se había basado en la jurisprudencia clásica del TJUE en materia de distribución conforme a la cual, el acatamiento por un distribuidor de las condiciones comerciales, incluso impuestas, de un suministrador, constituía un acuerdo susceptible de infringir el art. 101 TFUE si se ubicaba en el marco de unas «relaciones comerciales continuadas». En estos casos, no era preciso demostrar una aceptación expresa para apreciar la existencia de un acuerdo. Sin embargo, los hechos en *ADALAT* eran ligeramente distintos, y primero el TPI y luego el TJUE constataron que no era posible extraer la conclusión de un acuerdo en un sistema de «gestión de inventario» como el impuesto por Bayer. En concreto, el TJUE afirma que «considerar que se puede declarar la existencia de un acuerdo prohibido por el artículo 85, apartado 1, [ahora art. 101.1 del TFUE] del Tratado tomando como único fundamento la expresión de una política unilateral destinada a impedir las importaciones paralelas tendría como efecto confundir el ámbito de aplicación de este precepto con el del artículo 86 del Tratado [ahora art. 102 del TFUE]» (aptdo. 101 de la Sentencia). De hecho, para la existencia de un acuerdo en estas circunstancias, el TJUE matizó que «(p)ara que un acuerdo en el sentido del artículo 85, apartado 1, del Tratado pueda estimarse celebrado mediante una aceptación tácita, es necesario que la manifestación de voluntad de una de las partes contratantes con un objetivo contrario a la competencia constituya una invitación a la otra parte, ya sea expresa o implícita, para realizar en común dicho objetivo; con más razón aún cuando ese acuerdo no beneficia a primera vista, como ocurre en el presente asunto, a la otra parte, a saber, los mayoristas» (aptdo. 102 de la Sentencia).

20. Resolución de la CNC de 2 de julio de 2009, Expte. S/2759/07, *Teléfonos Móviles*.

21. Resolución de la CNC de 29 de junio de 2011, Expte. S/0224/10, *Colomer*, que tiene su origen en la Resolución de la CNC de 21 de enero de 2010, Expte. S/0084/08, *Fabricantes de Gel*.

Orange), que tenían previsto establecer un diferente régimen, amoldaran sus tarifas a las que el incumbente había anunciado. La Dirección de Investigación de la CNC consideró que esa conducta vulneraba el artículo 1 de la LDC porque se trataba de una práctica colusoria consistente en un intercambio de información basado en un anuncio del operador líder del mercado que tendría por objeto falsear la competencia. El Consejo de la CNC consideró que no se había acreditado la infracción. Para llegar a esa conclusión estimó (FJ 6º) que para incluir dentro del ámbito del artículo 1 de la LDC prácticas mediante las cuales un competidor anuncie unilateralmente su estrategia a sus competidores con el fin de falsear la competencia es necesario que éstos «cooperen» siguiéndole.²² Pero, para llegar a la conclusión de que no existía conducta, el Consejo de la CNC consideró que, analizados los supuestos de hecho, «no se puede afirmar que los operadores llegaron a esta decisión [se refiere al sistema de tarificación] como consecuencia del anuncio [de Movistar]» (FJ 7º)

En cualquier caso apreció la CNC ciertas conductas de los operadores dignas de recriminación pero que no fundamentaban una sanción.²³ Con esta última observación se ponía de manifiesto que, aunque en el supuesto concreto no se dieran los presupuestos objetivos necesarios para sancionar, se estaba ante un supuesto fronterizo y que, por lo tanto, no se podía considerar que conductas muy similares, aunque obviamente no idénticas, no pudieran ser objeto de sanción.

En segundo lugar, en el que podríamos denominar como «Caso Colomer» porque se planteó en dos resoluciones diferentes,²⁴ las cuestiones planteadas presentan perfiles que pueden analizarse para conocer la postura de la CNC en diferentes

22. Como podrá observarse, las posteriores Directrices Horizontales de la Comisión Europea en su aptdo. 62, anteriormente comentado, rebaja la exigencia de cooperación y viene a exigir al competidor que recibe la información una activa reacción de rechazo a la información. Tal es así, pero no se puede olvidar que al analizar los supuestos hay que tener en cuenta las conductas en su contexto y analizar las características del mercado. Y, como señaló la CNC, los otros operadores de móviles tenían poco margen para no seguir la actuación del líder.
23. Consideró la CNC que una de las razones que apoyaron la decisión es que la forma de subida resulta menos transparente para los consumidores, y en todo caso esperar la señal del líder con el fin de preservar los ingresos supone mitigar, aunque sea de forma racional y con medios lícitos, la rivalidad que caracteriza los procesos competitivos (FJ 7º). Este tipo de conductas que merecen esa recriminación, aunque sin efectos jurídicos, posiblemente sería conveniente analizarlas en un futuro a la luz del artículo 3 de la LDC, conforme anteriormente se ha apuntado, explotando las potencialidades, en buena medida hasta ahora inexploradas de ese precepto en relación con la cláusula general de la LCD.
24. Resoluciones de la CNC de 21 de enero de 2010, Expte. S/0084/08 *Fabricantes de Gel* y de 29 de junio de 2011, Expte. S/0224/10 *Colomer*, anteriormente citadas. La cuestión no resultó pacífica en la medida en la que, como se ha señalado en el primero de estos expedientes la Dirección de Investigación no había imputado a Colomer, y en la Resolución el Consejo instó a que fuera imputada, necesariamente en un expediente diferente. De acuerdo con el mandato del Consejo, la Dirección de Investigación inició un nuevo expediente sancionador pero tras la instrucción, reiteró la propuesta en relación con la conducta de Colomer «al no haberse podido acreditar ni su participación en el cártel analizado en este expediente ni el que hubiera llevado a cabo conducta autónoma alguna en el ámbito de los intercambios de información en relación con este mismo cártel». Disconforme con estas apreciaciones, el Consejo de la CNC procedió a recalificar la valoración jurídica de la conducta y terminó, en la segunda de las citadas resoluciones, sancionando a Colomer como partícipe de un cártel durante un reducido período de tiempo.

apartados, pero en este se comenta en la medida en la que se analiza una transmisión de información no tanto unilateral porque fue realizada por varias empresas, sino que no fue realizada por uno de los asistentes a la reunión, que asumió una posición pasiva y, por ello, el análisis realizado en el expediente podría equipararse al supuesto del receptor pasivo de una información unilateral.

Los hechos más destacados se resumen de la siguiente manera: diversas empresas fabricantes de gel se reunieron en la sede de una empresa ajena al sector pero perteneciente a uno de los grupos afectados, con asistencia de Colomer, y establecieron una estrategia encaminada a reducir de forma coordinada el tamaño de las botellas de gel, manteniendo los precios. Antes de la celebración de la segunda de las reuniones del cártel, Colomer comunicó su intención de desvincularse de tales reuniones. En su estrategia comercial, no redujo el tamaño de los envases de su producto. Con estos antecedentes, en la primera de las resoluciones dictadas, el Consejo de la CNC consideró que de la participación de Colomer en la reunión *«se derivan indicios de una conducta que puede bien ser valorada como un elemento más de su participación en el cártel, o, en su defecto, indicios de una conducta autónoma limitada al ámbito de los intercambios de información»*.²⁵ Instruido el nuevo expediente, el Consejo de la CNC sancionó a Colomer por haber participado en el cártel, quedando por lo tanto sin efecto la alternativa de haber sido sancionado por haber participado en un intercambio de información, por haber recibido datos de sus competidores, lo cual permitiría presumir, a tenor del texto de las Directrices, que había aceptado la información y habría adaptado a ella su conducta en el mercado.

Las consecuencias que se pueden obtener de este supuesto y del análisis realizado en las dos resoluciones relacionadas radica en que, en el supuesto referido, el hecho de asistir a la reunión inicial del cártel, bien es cierto que en un lugar que debería haber llamado la atención por lo insólito, de haber recibido la información sin realizar manifestación alguna, aunque en los tres meses siguientes manifestara su voluntad de no asistir a las reuniones ni de cumplimentar los acuerdos de reducción del tamaño de los envases sin reducción de su precio, no le exonera de haber pertenecido a un cártel, aun cuando fuera por un reducido período de tiempo. Teniendo en cuenta que no pudo demostrarse que la posición de Colomer en la única reunión a la que asistió fuera activa (incluso alguno de los asistentes manifestó que fue meramente pasiva), lleva a la conclusión que el simple hecho de haber recibido cierta información en una reunión no le exonera de la pertenencia al cártel. Hecho este ratificado por la circunstancia de que tres meses después Colomer manifestó que no cumpliría el acuerdo, lo que pone de manifiesto que la información recibida fue objeto de consideración a la hora de adoptar una decisión comercial estratégica, y de ahí su carácter restrictivo de la competencia.

25. FJ 11º de la Resolución de 21 de enero de 2010, Expte. S/0084/08, *Fabricantes de Gel*.

2. La necesaria información para el funcionamiento de un cártel

Al analizar las resoluciones anteriormente comentadas y referidas al caso *Colomer* se puso de manifiesto que la conducta de una empresa podría ser inicialmente considerada bien como una participación en un intercambio de información, bien como formando parte de un cártel,²⁶ si bien, como ya se ha explicado, en la resolución definitiva se optó, atendiendo a las circunstancias, por la segunda de las opciones, poniendo de manifiesto que intercambiar información puede constituir un cártel.

En consecuencia se puede afirmar que los intercambios de información pueden ser parte, normalmente necesaria, de un acuerdo más amplio. En tal caso se pueden plantear dos cuestiones, aunque aparentemente relacionadas, con más divergencias de consideración de las aparentes. La primera de ellas es, como se ha señalado, cuándo el intercambio de información forma parte de un acuerdo más amplio, y la segunda es si el mero intercambio de información puede constituir un cártel o, por formularlo de manera más adecuada, cuáles son las condiciones que deben reunir los intercambios de información para ser calificados como cárteles. Las Directrices de la CE analizan por separado ambos supuestos.²⁷

Respecto de la primera de las cuestiones, normalmente una cooperación colusoria conlleva múltiples aspectos y algunos de ellos pueden consistir en intercambios de información que normalmente serán necesarios para obtener el acuerdo colusorio. El llegar a un acuerdo habitualmente precisa conocer previamente determinados elementos de la actuación y/o las intenciones de los participantes en el mismo, pero la cuestión será dilucidar cuando ese intercambio de información forma parte de un acuerdo más complejo o cuando puede considerarse autónomo. Normalmente la primera de las conductas será más frecuente que la segunda, pero ello no obsta para que en ambos casos pueda existir infracción de la competencia, particularmente del artículo 1 de la LDC o 101 del TFUE. Como señalan las Directrices en su apartado 56, será preciso determinar cuál es la función económica principal y si el intercambio de información forma parte de un acuerdo más amplio de cooperación horizontal, la evaluación del acuerdo deberá llevarse a cabo en el contexto del análisis del acuerdo de cooperación horizontal. Por vía de ejemplo se señala el supuesto de que en un acuerdo de producción, que puede acogerse a la exención del Reglamento de

26. Resolución de 21 de enero de 2010, Expte. S/0084/08, *Fabricantes de Gel*, FJ 11º.

27. El apdo. 56 de las Directrices sobre restricciones verticales explica que: «El intercambio de información tiene lugar en diversos contextos. Hay acuerdos, decisiones de una asociación de empresas o prácticas concertadas en virtud de los cuales se intercambia información, cuya función económica principal es el intercambio de la información propiamente dicho. Por otra parte, el intercambio de información puede formar parte de otro tipo de acuerdo de cooperación horizontal (por ejemplo, las partes de un acuerdo de producción comparten cierta información sobre costes). La evaluación de este último tipo de intercambio de información debería llevarse a cabo en el contexto de una evaluación del respectivo acuerdo de cooperación horizontal».

especialización,²⁸ las partes comparten cierta información sobre costes. La importancia de esta diferenciación radica en el hecho de que en este primer supuesto puede haber la aplicación del artículo 1.3 de la LDC mientras que para un intercambio de información de precios o cantidades que pueda ser calificado como un cártel, difícilmente cabría tal aplicación.

La segunda de las cuestiones se refiere al intercambio de información como conducta autónoma y en este apartado, particularmente se puede someter a consideración si el intercambio de información puede constituir un cártel. Las Directrices Horizontales en su apartado 59²⁹ han señalado con rotunda claridad que los intercambios de información entre competidores se considerarán cárteles si tienen por objeto fijar, en particular, precios o cantidades. Por lo tanto en buena medida podría considerarse superado el debate de si un intercambio de información entre competidores puede constituir por sí solo un cártel, debate que podría estar provocado por una lectura excesivamente literal del contenido de la Disposición Adicional Cuarta de la LDC de 2007.³⁰

28. Reglamento (UE) nº 1218/2010 de la Comisión, de 14 de diciembre de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos de especialización, DO L 335 de 18 de diciembre de 2010, pág. 43.

29. El aptdo. 59 de las Directrices dice que: «Por otra parte, la comunicación de información entre competidores puede constituir un acuerdo, una práctica concertada o una decisión de una asociación de empresas con objeto de fijar, en particular, precios o cantidades. Por norma general, esos tipos de intercambios de información se considerarán cárteles y, como tales, serán multados. El intercambio de información también puede facilitar la implementación de un cartel cuando permite a las empresas controlar si los participantes cumplen las condiciones acordadas. Esos tipos de intercambios de información se evaluarán como parte del cartel».

Posteriormente la afirmación se refuerza con el contenido del aptdo. 74: «Así pues, 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 a tenor del artículo 101, apartado 1(4)(5). Además, los intercambios privados entre competidores relativos a sus intenciones en materia de futuros precios o cantidades se considerarán normalmente cárteles y serán multados como tales puesto que, por lo general, tienen por objeto fijar precios o cantidades. Los intercambios de información que constituyen cárteles no solo infringen el artículo 101, apartado 1, sino que además es muy improbable que cumplan las condiciones del apartado 3 de dicho artículo».

30. La Disposición Adicional Cuarta de la LDC («Definiciones») dispone que: «A efectos de lo dispuesto en esta Ley se entiende por cártel todo acuerdo secreto entre dos o más competidores cuyo objeto sea la fijación de precios, de cuotas de producción o de venta, el reparto de mercados, incluidas las pujas fraudulentas, o la restricción de las importaciones o las exportaciones».

En buena medida el debate surgió en ciertos expedientes (Resolución de la CNC de 2 de marzo de 2011, Expte. S/0086/08, *Peluquería Profesional*) que tuvieron su origen en una declaración de clemencia. La cuestión de si el intercambio de información o, mejor dicho, un sistema de intercambio de información constituía un cártel surgió no tanto para no sancionar la conducta (cualquier acuerdo entre competidores constituye una infracción muy grave del artículo 1 de la LDC y cuando tienen por objeto restringir la competencia no deben poderse acoger a la exención del apartado 3 del mismo artículo) o para conseguir su exención sino por el intento de algunos implicados de pretender que se retirara la declaración de clemencia. En ciertas ocasiones se ha aducido que la CNC asumía un concepto amplio de cártel, con olvido para quienes realizaban tales acusaciones que la calificación de cártel no constituye un plus agravatorio de las conductas, ya que cualquier acuerdo horizontal constituye una infracción muy grave del artículo 1 de la LDC y que, en cualquier caso, la calificación de la conducta como cártel tiene sentido a los efectos del programa de clemencia y en la medida que la concesión de la declaración de clemencia tiene efectos beneficiosos para quienes a ella se acogen, no se vulnerarían principio alguno si la interpretación fuera realizada en términos amplios.

En cualquier caso, para llegar a la conclusión de si ese intercambio de información constituye un cártel habrá que estar, una vez más, a las circunstancias concretas del caso, fundamentalmente al contenido de la información transmitida y a su periodicidad. Un caso paradigmático lo constituyó la Resolución de la CNC de 2 de marzo de 2011 sobre el sector de la peluquería profesional.³¹ En el expediente se analizó la conducta de ocho empresas y una asociación consistente en la adopción de acuerdos de intercambio de información comercial sensible y de no captación de trabajadores, y esos acuerdos fueron calificados como cártel. Las circunstancias concurrentes en el caso llevan a la conclusión de lo acertado de la apreciación teniendo en cuenta que se trataba de un intercambio de información sobre precios y tarifas, incrementos de precios recientes y previsión de fecha y montante de incrementos de precios futuros y, además, las reuniones vinieron celebrándose durante diecinueve años con regularidad semestral y, adicionalmente, si alguna de las empresas no facilitaba los datos en la reunión, le eran reclamados para distribuirlos posteriormente entre los componentes del grupo. Ahora bien, a tenor del apartado 59 de las Directrices, para que ese intercambio de información pueda ser considerado como un cártel, debe tener por objeto fijar precios o cantidades y por ello sus integrantes se empeñan en aducir ante las autoridades de la competencia otras explicaciones alternativas, es decir, que el intercambio de información no tendría ese objeto. Si nos atenemos al supuesto concreto que se analiza y que fue resuelto por la citada Resolución de la CNC, difícilmente podría encontrarse una explicación alternativa a unas reuniones, celebradas en el seno de un comité específico de la asociación profesional que se ha extendido durante un período de casi veinte años, con una duración semestral y con un nivel de información detallado e incluso mecanismos para suplir sus deficiencias.³² Por otra parte, aparece un elemento adicional que puede ponerse de manifiesto para la calificación como cártel, elemento que tiene relación con el carácter de organización, ya que se trata de un sistema de organización permanente y que funciona, entre otros extremos, para intercambiarse información y ello, en las circunstancias descritas, no puede tener por objeto más que la fijación de precios. Nuevamente debe señalarse que no es posible caer ni en el nominalismo ni en los análisis superficiales para conductas que son complejas. No es posible dejar reducido el acuerdo de precios a un acuerdo formal en el que consten en acta los precios que cada uno ha de establecer en el futuro y los mecanismos de represalias que se establezcan para quienes incumplan los acuerdos, ya que un cártel es cualquier cosa menos un acuerdo formal, pero un acuerdo por el que unos competidores, en el seno de una

31. Recaída en el Expte. S/0086/08, *Peluquería Profesional*, RCNC de 2 de marzo de 2011.

32. «Por tanto ese intercambio sistemático de precios actuales y futuros entre las ocho empresas es en sí mismo una infracción de las más graves, puesto que no puede tener otro objeto que afectar seriamente a la competencia, anulando la incertidumbre estratégica, la independencia en las políticas comerciales y el incentivo para competir entre sí en precios, calidad o servicio» (FJ 7º de la Resolución de la CNC de 2 de marzo de 2011, Expte. S/0086/08, *Peluquería Profesional*).

asociación empresarial, se intercambian semestralmente los precios, acuerdo que goza de una estabilidad de casi una veintena de años, difícilmente puede tener otra explicación que la de fijar los precios.

En otra de sus resoluciones, la CNC llegó a unas conclusiones distintas, resultado de que las circunstancias del caso eran diferentes por cuanto que se realizó un análisis similar al anterior,³³ al considerar que los contactos esporádicos detectados entre los competidores y los intercambios de información propagados a través de los clientes no solo no constituían un cartel, sino tan siquiera un sistema de intercambio de información autónomo susceptible de infringir el artículo 1 de la LDC. Es decir que para llegar a una conclusión es necesario analizar, entre otros extremos, el alcance y la frecuencia de los intercambios de información para concluir si constituyen o no una infracción, y ello se realiza en ambas resoluciones alcanzando conclusiones diferentes puesto que, obviamente, diferentes eran los supuestos de hecho.

En cualquier caso, se pueden obtener algunas conclusiones provisionales, y la primera de ellas es la imposibilidad de obtener unas pautas universalmente aplicables para determinar si un intercambio de información, sobre precios y cantidades, puede constituir o no una infracción por objeto, y que, y en ello hay que insistir, hay que hacer un análisis pormenorizado de los supuestos y buena prueba de ello lo constituyen las dos resoluciones de la CNC que se han analizado.

Y no puede dejar de señalarse que ese análisis no siempre es posible realizarlo extrayendo de su contexto algunas apreciaciones y argumentos realizados en un caso concreto por una autoridad de la competencia. Valga por caso la Resolución en el asunto *Fabricantes de Envases de Hojalata*.³⁴ En ella se realiza el comentario de que los intercambios de información propagados por los clientes no constituyen una infracción, apreciación en todo punto ajustada pero de la que no debe sacarse la conclusión de que cualquier intercambio de información realizado a través de los clientes queda exento de la prohibición. Es cierto que en el contexto de las relaciones comerciales los clientes pueden llegar a comunicar a sus proveedores los precios ofrecidos por los competidores de estos, como estrategia para obtener mejoras comerciales y de ello no se puede deducir la existencia de una infracción de las normas de la competencia, pero de la misma forma que no puede descartarse que una información hecha pública no constituya una infracción, tampoco no se puede descartar que la información, si es transmitida mediante la utilización de los clientes, en ningún caso pueda constituir una infracción de las normas de la competencia. Puede caber el supuesto en el que exista un acuerdo tácito entre competidores de anunciar a sus respectivos clientes las modificaciones de precios con una antelación desproporionalmente innecesaria con el oculto objetivo de facilitar el paralelismo de los precios. Podríamos, en tal supuesto, encontrarnos

33. Resolución de la CNC de 27 de mayo de 2011, expediente S/018/09, *Fabricantes de Envases de Hojalata*.

34. *Ibid.*

ante un supuesto de una práctica facilitadora que tendría efectos anticompetitivos y que podría suponer una infracción de las normas de la competencia. En este orden de cosas, es necesario recordar que las propias Directrices Horizontales³⁵ prevén que el intercambio de información pueda llevarse a cabo a través de los proveedores o los minoristas.

3. Intercambios de información a través de un tercero

Como se ha señalado con anterioridad la información puede ser intercambiada a través de un tercero, se encuentre este o no en relación con los partícipes en el intercambio. Indudablemente para determinar la ilicitud de estas conductas, el análisis no presenta mayor complejidad que en el supuesto de que la transmisión de la información sea directa, pero en cualquier caso se puede presentar tal número de supuestos que el análisis de todos y cada uno de ellos resulta una ingente tarea que no se pretende ahora concluir. Baste con el análisis de algunos supuestos de los que se pueden sacar algunas conclusiones. Tales supuestos pueden consistir en la información intercambiada a través de una asociación empresarial, de un tercero con el que le unan lazos comerciales tales como los proveedores o los clientes, o bien de un tercero ajeno a la relación comercial, como por ejemplo una empresa consultora.

No cabe duda de que la conducta que menos dificultad de análisis plantea es cuando la información se intercambia a través de una asociación profesional. El carácter de tercero en este caso puede incluso ponerse en cuestión en la medida que la propia entidad es una reunión de la que forman parte los operadores que intercambian información y puede ser utilizada como foro para tal intercambio. En algunas recientes resoluciones de la CNC³⁶ se ha puesto de manifiesto que con cierta frecuencia es en el seno de la propia asociación en la que se produce el intercambio de información, utilizándose en cierta medida su estructura como la propia del cártel y pudiendo ser sancionada la asociación.³⁷

35. Ver el aptdo. 55 de las Directrices (cit. *supra* nota a pie de pág. 2). Posteriormente, en los aptdos. 92 a 94, plantean algunas consideraciones sobre que el hecho de que el intercambio sea público o incluso se refiera a datos conocidos no excluye que el intercambio deje de merecer la calificación de conducta anticompetitiva.

36. La CNC ha multado a asociaciones tanto como autores de prácticas restrictivas (ver, entre otras, las resoluciones de la CNC de 28 de julio de 2010, Expte. S/0091/08, *Vinos Finos de Jerez*; de 7 de febrero de 2011, Expte. S/0155/09, *STANPA*; de 2 de marzo de 2011, Expte. S/0086/08, *Peluquería Profesional*; y de 24 de junio de 2011, Expte. S/0185/09, *Bombas de Fluidos*), como «facilitadores» de las mismas, al propiciarlas mediante intercambios de información orquestados o tolerados desde la propia asociación (Resolución de la CNC de 13 de mayo de 2011, Expte. S/0153/09, *UNESA*). A *sensu contrario*, ver la Resolución de la CNC de 17 de noviembre de 2008, Expte. S/0120/08, *Transitarios*, pág. 93 a 95.

37. LORCA MORALES, T., «El intercambio de información en las asociaciones empresariales: hasta dónde es posible llegar sin incurrir en una infracción del derecho de la competencia», op. cit. *supra*, en la nota a pie de pág. nº 3, en la pág. 64, considera que cuando la asociación no tenga un rol separado a la hora de implementar la conducta anticompetitiva y cuando los actos de la asociación no puedan separarse de los actos de sus respectivos miembros, la asociación no estará sujeta a las disposiciones del derecho antitrust. No es esta una tesis que

Caben también supuestos en los que la recopilación por la asociación de información, en algunos casos, puede acogerse al artículo 1.3 de la LDC, tal como información de carácter estadístico. Como quiera que este tipo de intercambios de información ha merecido una serie de resoluciones del extinto TDC, bien en los supuestos de registros de morosos, bien de otras informaciones de carácter estadístico y que en tales supuestos la Autoridad española de la Competencia marcó ciertas pautas de actuación, merece la pena que nos detengamos resumiendo tales pautas.

Durante la vigencia de la LDC de 1989 hubo un buen número de asociaciones que plantearon la necesidad de elaborar en su seno un registro que facilitara el acceso a sus integrantes a información sobre la morosidad de sus clientes. En la medida en que la elaboración de estos datos podría suponer un alineamiento del comportamiento comercial de competidores se consideró que podía suponer la infracción del artículo 1 de la LDC de 1989, pero merecer una exención por reunir los requisitos del artículo 3 de la misma ley (actual artículo 1.3 de la LDC de 2007).³⁸ Un buen número de resoluciones indicaron los requisitos exigibles a tales registros de morosos para poder acogerse a una autorización singular.³⁹ La repetición de expedientes similares motivó, en un momento posiblemente tardío

haya sido aceptada en las resoluciones anteriormente citadas, en las que se ha sancionado tanto a las empresas que participaban en el intercambio de información como a las asociaciones en cuyo seno se había producido, siguiendo el criterio (ver, entre otras, la Resolución de la CNC de 28 de julio de 2010, Expte. S/0091/08, *Vinos Finos de Jerez*, FJ 11º, especialmente las págs. 114 a 119) según el cual el hecho de que un cártel sea llevado a cabo en el seno de una asociación no impide que se sancione al mismo tiempo a sus integrantes y a la propia asociación.

38. De hecho, incluso el TDC ha llegado a afirmar que determinados sistemas de intercambio de información no entran en el ámbito de aplicación del artículo 1 de la LDC cuando son gestionados por un tercero ajeno al mismo y no se refieren a un único sector (ver, por ejemplo la Resolución de 5 de febrero de 1997, *Morosos Eurofono*, expte. A 202/97). En mi opinión, tal doctrina supone la aplicación de una interpretación excesivamente formalista del artículo 1 de la LDC muy propio del que cabía hacer durante la vigencia de la Ley 16/1989 como consecuencia, entre otros extremos, de la existencia del procedimiento de autorización singular, en la medida en la que primaba más una concepción rígida del concepto de bilateralidad (que podría encontrarse en la facilitación de los datos de los integrantes del sector) que en las consecuencias sobre la competencia, y en este orden de cosas el alineamiento de conductas empresariales podría producirse con independencia de en quien recayera la responsabilidad de la elaboración del registro.
39. LORCA MORALES, T., «El intercambio de información en las asociaciones empresariales: hasta dónde es posible llegar sin incurrir en una infracción del derecho de la competencia», op. cit. *supra*, en nota a pie nº 3, en las págs. 69-70 resume estos requisitos recogidos en un buen número de resoluciones del TDC:
- 1) la voluntariedad de la adhesión al registro por parte de los usuarios,
 - 2) la libertad de los adheridos para fijar su política comercial frente al deudor moroso,
 - 3) la objetividad de la información que se transmite a los usuarios,
 - 4) el acceso de los deudores al registro para conocer los datos que les afecten,
 - 5) la no manipulación ni uso de los datos incluidos en el registro para fines distintos de los autorizados como propios del mismo,
 - 6) la delimitación clara de responsabilidad de la gestión del registro en su reglamento, y
 - 7) que el reglamento del registro no pueda modificar la calificación del moroso contradiciendo la prevista en el ordenamiento jurídico vigente.

Como puede observarse algunos de estos requisitos, que pueden parecer ajenos al objetivo de preservar la competencia (por ejemplo el 4 y en menor medida los 5 y 6) se justifican no solo en el formalismo propio del procedimiento de autorización singular, sino en la necesidad de cumplir con todos los requisitos del anterior artículo 3 de la LDC de 1989.

la aprobación de un Reglamento de Exención por Categorías que se convirtió en el único aprobado por la legislación nacional española al margen de la internalización de los respectivos Reglamentos comunitarios.⁴⁰

En cierta relación con los registros de morosos se produjeron una serie de resoluciones del TDC recaídas en expedientes promovidos por Asnef-Equifax en solicitudes de autorización de diversos expedientes de intercambio de información de los clientes que iba más allá de su incursión en morosidad, y con las resoluciones del TDC y jurisdiccionales recaídas se permitió una cierta clarificación de los problemas planteados y, en particular, en los referidos a los intercambios de información. Algunas de las resoluciones del TDC fueron recurridas, lo cual motivó diversas sentencias,⁴¹ incluso con planteamiento de una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la UE («TJUE») que dio lugar a que, si bien en un expediente diferente a aquel en el que se planteó la cuestión prejudicial, se aprobase la creación del registro por considerar que no tenía por objeto restringir la competencia y, en consecuencia, sería necesario analizar si tenía efectos restrictivos, y para ello es preciso determinar el grado de concentración del mercado, si se permite identificar a los acreedores y si es accesible a todos los agentes económicos activos en el sector.⁴² Realizado tal análisis, concluyó el Alto Tribunal que en las condiciones

40. Real Decreto 602/2006, de 19 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de exención de determinadas categorías de acuerdos de intercambio de información sobre morosidad, BOE nº 129, de 31 de mayo de 2006, pág. 20430.

41. Fueron notificados varios acuerdos para la creación de distintas bases de datos o «registros» por parte de ASNEF (junto con otros operadores). Destaco la Resolución del TDC de 7 de julio de 1997, Expte. A-209/97, *Fichero Asnef-Sic*, en la que se denegó la autorización singular para la creación y funcionamiento de un fichero denominado «Asnef-Equifax Servicio de Información de Crédito». La resolución fue recurrida ante los tribunales, siendo confirmada por la Audiencia Nacional en Sentencia de 7 de diciembre de 2001, y anulada por el Tribunal Supremo en Sentencia de 25 de septiembre de 2007, como consecuencia de la cuestión prejudicial planteada en el marco de otro expediente, también protagonizado por Asnef (Expte. 239/98), que dio lugar a la Sentencia del TJUE de 23 de noviembre de 2006, en el asunto C-238/05, Cuestión Prejudicial, *Asnef-Equifax*. En concreto, esta cuestión prejudicial fue planteada en el marco del recurso de AUSBANC contra la Resolución del TDC de 3 de noviembre de 1999, Expte. A 239/98, *Crédito Asnef-Equifax*, por la que se había autorizado la creación de un registro de morosos. En este caso, la Audiencia Nacional anuló la resolución de la TDC y fue en el marco del recurso de casación ante el Tribunal Supremo en el que se planteó la cuestión prejudicial al TJUE. Como consecuencia de la Sentencia del Tribunal comunitario, el Tribunal Supremo, en Sentencia también de fecha de 25 de septiembre de 2007, concluyó que un acuerdo como el notificado no era susceptible de infringir el artículo 1 de la LDC ni el 81 del TFUE.

42. La Sentencia del TJUE de 23 de noviembre de 2006 en el asunto C-238/05, Cuestión Prejudicial, *Asnef-Equifax* señaló: «Por consiguiente, según resulta del apartado 49 de la presente sentencia, la compatibilidad de un sistema de intercambio de información, como el Registro [entre entidades financieras sobre la solvencia de los clientes] con las normas comunitarias sobre la competencia no puede apreciarse de manera abstracta. Depende de las condiciones económicas de los mercados pertinentes y de las características propias del sistema de que se trate, tales como, entre otras, su finalidad, las condiciones de acceso y participación en el intercambio de información, así como la naturaleza de los datos intercambiados —pues estos pueden ser, por ejemplo, públicos o confidenciales, globales o detallados, históricos o actuales—, la periodicidad de los mismos y su importancia para la fijación de precios, los volúmenes o las condiciones de la prestación.» (aptdo. 54).

En aplicación de esta doctrina, si bien planteada, como se ha indicado, en un procedimiento diferente, el Tribunal Supremo dictó su sentencia de 25 de septiembre de 2007 en la que argumentó (FJ 2º) que «los indicados registros no tienen por objeto, por su propia naturaleza, impedir, restringir o falsear el juego de la competencia» y que hay que analizar si tiene efectos restrictivos, para lo que será preciso determinar «si el mercado en que se desenvuelve el fichero se encuentra fuertemente concentrado o se trata de un mercado en el que la oferta

concretas del mercado y del fichero se daban las condiciones para aplicar el artículo 3 de la LDC de 1989 (actual 1.3 de la LDC 2007) y, en consecuencia, para conceder a la autorización, autorización, por cierto, que en el momento de dictarse la sentencia había desaparecido del texto de la legislación de la competencia aplicable.

En algunos supuestos durante la vigencia de la LDC de 1989, el TDC analizó en expedientes sancionadores y de autorización algunas conductas referidas a la elaboración de boletines de precios de vehículos de motor usados⁴³ estableciendo el criterio de que la existencia y elaboración de boletines basados en precios fijados estadísticamente no vulneraban las normas de la competencia, con afirmaciones que si pudieron tener su justificación en el supuesto concreto analizado, no pueden basar una doctrina que resulte aplicable con carácter general a cualquier supuesto de elaboración de estadísticas.⁴⁴

Otra serie de expedientes de autorización tuvieron como objetivo la elaboración de información estadística, utilizando instrumentos de análisis distintos y con resultados en algunos casos ciertamente diferentes a los anteriores. En el primero de ellos y que motivó la Resolución de 1 de marzo de 2002,⁴⁵ en la que se consideró que la recogida de información individualizada relativa a precios y volúmenes de leche de vaca para su tratamiento estadístico realizada por la Asociación de Industrias Lácteas ni tan siquiera constituía un acuerdo subsumible en el artículo 1 LDC. Aunque los datos que se ponían en común constituían secretos de negocios, el sistema acordado por la asociación (FENIL) por el que se enviaban datos a un notario público que debía mantenerlos secretos «*garantiza la confidencialidad y evita que esa recogida de datos agregados se convierta en una forma de desvelar información individual que pudiera servir de base a comportamientos colusorios*». Se trataba, según el TDC, de la «*expresión resumida de hechos realmente acaecidos que permiten obtener un conocimiento útil para los agentes económicos del comportamiento y evolución del mercado y además es un instrumento de análisis del mismo, pero no desvela el comportamiento estratégico de cada agente concreto*».⁴⁶

está atomizada, si se va a revelar directa o indirectamente la identidad de los acreedores, y si es accesible a todos los agentes económicos en el sector.»

43. Resoluciones del TDC de 29 de junio de 1995, Expte. 358/95, FECAVEM; de 30 de junio de 1996, Expte. A 143/95 Precios ventas CVSCCL; y Auto del TDC de 12 de mayo de 1997, Expte. 398/97, Boletín GANVAM.

44. «*Las normas de defensa de la competencia no contradicen o impiden la aplicación y desarrollo de la ciencia estadística. La elaboración de estadísticas, siempre por supuesto que se realicen de conformidad con los principios y reglas de esta disciplina científica, es una conducta lícita que no precisa autorización alguna porque no es un acuerdo sobre precios*» (FJ 2º de la Resolución del TDC de 29 de junio de 1995, *Ibid.*). Estas afirmaciones no pueden en modo alguno resultar aplicables a cualquier mercado, como bien se pone de manifiesto en resoluciones posteriores del propio TDC, ya extinto. En los supuestos a los que se refería, es decir a un mercado tan atomizado como es el de venta de vehículos usados, podría tener razón de ser, pero aplicar literalmente esa doctrina a cualquier mercado no parece admisible.

45. Resolución de 1 de marzo de 2002, Expte. A 309/01, Información estadística FENIL.

46. FJ, aptdo. 2, de la Resolución del TDC en el asunto Información Estadística FENIL, *Ibid.*

La Resolución de 9 de abril de 2002⁴⁷ autorizó en términos más polémicos la elaboración de un anuario para el sector que incluyera estadísticas, estudios ya publicados e información suministrada directamente por las empresas asociadas mediante un sistema por el que la información se recibía por el secretario general de la asociación. Y la polémica en relación a esta resolución vino del hecho, en primer lugar, de que a diferencia de lo que consideraba el extinto Servicio de Defensa de la Competencia o «SDC», el TDC estimó que el mercado (en el que trece empresas controlaban el 90 % del mercado) no estaba excesivamente concentrado, y en segundo lugar, de la consideración de que el secretario de la asociación tenía carácter independiente. Pero con independencia de ello, el método de análisis realizado teniendo en cuenta el grado de concentración del mercado, la antigüedad de la información, la periodicidad y transparencia a terceros, coincide con el habitualmente utilizado para analizar la licitud o ilicitud de los intercambios de información.

En el sector de la producción de cerveza se han producido dos resoluciones en procedimientos de autorización singular, la primera de ellas denegatoria⁴⁸ y la segunda, tras considerables modificaciones de la propuesta, concedió la autorización.⁴⁹

En la primera de estas resoluciones se realiza con detalle un análisis de la estructura del mercado, y de la naturaleza del intercambio de información. Se parte de una estructura del mercado muy concentrada que difícilmente «*puede ocultar la procedencia de variaciones significativas de los datos que se intercambian*», circunstancia esta especialmente agravada por el elevado índice de especialización geográfica, con situaciones en algunas zonas de auténtico duopolio, con lo cual «*el enmascaramiento de datos mediante notario sería completamente ilusorio*». Este hecho unido a que la información intercambiada era muy amplia, periódica y frecuente y que implicaba solo a las empresas productoras, llevó a la conclusión de que «*el intercambio de información puede contribuir a consolidar el oligopolio y las barreras de entrada*» y «*solo supone para los consumidores un aumento del riesgo de colusión entre las mayores empresas del mercado*». Los órganos jurisdiccionales ratificaron el análisis.⁵⁰

47. Expte. A 296/01 *Anuario Videográfico*.

48. Resolución TDC de 30 de marzo de 2004, Expte. A 329/02, *Estadísticas Cerveceros 1*, denegatoria de la autorización, expediente en el que consideró el SDC que el intercambio de información propuesto no vulneraba el artículo 1 de la LDC. La resolución, que fue recurrida, fue confirmada por Sentencias de la Audiencia Nacional de 12 de julio de 2006 y del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 2009.

49. Resolución de 11 de julio de 2007, Expte. A 360/06, *Estadísticas Cerveceros 2*.

50. La Audiencia Nacional (FJ 2º) llegó a ser incluso más tajante en sus afirmaciones al considerar que «*las características del mercado de la cerveza en España conllevan que un sistema de información como el propuesto permita la identificación de empresas individuales y, con ello, facilita la colusión entre las empresas cerveceras*». Por su parte, el Tribunal Supremo estimó que el intercambio de información analizado no consistía en una práctica contraria a la competencia *per se*, sino que había que analizar los efectos en los siguientes términos (FJ 5º): «*Debemos advertir que la Sala de instancia no parte en el examen de legalidad de la resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia de 30 de marzo de 2004, de una concepción apriorística negativa, desde la perspectiva del Derecho de la Competencia, de los sistemas de intercambio de información, sino que, tras evaluar las características específicas del sistema de recopilación de datos propuesto y valorar concretamente la naturaleza,*

Todavía pendiente de casación el recurso interpuesto contra la sentencia de la AN que confirmó la resolución denegatoria de la autorización, la Asociación de Cerveceros de España solicitó autorización singular para un nuevo sistema de recopilación de datos estadísticos sobre la fabricación y comercialización de cerveza, que no satisfizo inicialmente las pretensiones del TDC, pero tras las modificaciones introducidas, fundamentalmente en la reducción de la periodicidad de la información, que pasó a ser (salvo en un caso) anual, el TDC consideró que *«en las condiciones y con las características adecuadas (...) pued(e) existir, incluso en un mercado oligopolista, un sistema de intercambio de información que tenga efectos positivos que compensen los riesgos»*, de forma que el TDC *«no se opone a todo intercambio de información, sino a aquel que teniendo en cuenta las características del mercado, introduce una transparencia en el mismo que permite a los agentes conocer la estrategia de sus competidores anulando de esa manera la competencia entre ellos.»*

En la Resolución de 25 de junio de 2004⁵¹ se denegó la autorización singular para la elaboración del Índice Trimestral de Tendencias de Productos Lácteos en España sobre la base de consideraciones relativas a que se trataba de un mercado regulado por la existencia de cuotas y a las características del mismo por lo que *«tendría consecuencias evidentemente negativas en tanto que permitiría uniformizar las pautas de comportamiento del sector transformador, muy concentrado y con pocas empresas con gran poder de compra, lo que reduciría la competencia hasta extremos muy poco favorecedores para el interés general en su conjunto.»*

En expedientes sancionadores se ha analizado igualmente el grado de licitud del intercambio de información estadística. En la Resolución UNESPA⁵² se afirmó que puede resultar legítimo que las entidades aseguradores dispongan de una información estadística global *«siempre que se haga imposible el reconocimiento de datos individualizados, manteniendo la confidencialidad de los mismos y estando no detallada por productos ni zonas, cuando se respete su utilización con carácter verdaderamente histórico y referida a un mercado que está experimentando un progresivo proceso de concentración pero que todavía no puede definirse como muy concentrado.»*

En su Resolución recaída en el expediente Distribuciones de Cine⁵³ se sancionó a la Federación de Empresarios de Cine de España por infringir el artículo 1 de la LDC por considerar que la creación y mantenimiento de una base de datos mediante la cual las empresas distribuidoras intercambiaban datos estratégicos sensibles para eludir la libre competencia, como las fechas previsibles de estrenos

el contenido, la utilidad y la periodicidad de los datos que son objeto de compartición entre las empresas partícipes, que dominan el mercado español de fabricación y comercialización de cerveza, deduce que tiene el efecto de limitar la competencia y, en consecuencia, estimamos que facilitan prácticas colusorias que potencialmente pueden afectar al control de la producción y la distribución de cervezas, el reparto del mercado, o la fijación de precios o de condiciones comerciales.»

51. Expte. A 346/04, *Productos Lácteos*.

52. Resolución del TDC de 1 de diciembre de 2000, Expte. 479/99, *UNESPA*.

53. Resolución del TDC de 10 de mayo de 2006, Expte. 588/05, *Distribuidores de Cine*.

futuros con más de un año de anticipación o las cifras desagregadas por películas, semana de exhibición y sala y en ella (FJ 3º) se afirmaba «*que una muy elevada transparencia en el mercado, originada por intercambio entre competidores de datos estadísticos e informaciones clave para definir estrategias comerciales individuales, supone un obstáculo importante para el funcionamiento de la libre competencia.*»

El análisis del intercambio de información realizado a través de terceros diferentes de las asociaciones empresariales puede ofrecer resultados menos nítidos cuando se trate de un tercero en todo ajeno a las empresas que participan en el intercambio de información. Estos pueden tratarse de una empresa consultora, de los clientes o los proveedores. Como puede observarse, las Autoridades españolas de la Competencia, incluso cuando la iniciativa ha recaído en una asociación empresarial, admiten que a un tercero independiente se le faciliten datos estadísticos, si por ejemplo el tercero es un notario,⁵⁴ y por lo tanto menos problema debe plantear cuando quien elabora la información estadística es un tercero totalmente ajeno a los facilitadores de la información, aun cuando ni siquiera en tales supuestos quepa crear un recinto protegido en el que no se produzca la infracción del artículo 1 de la LDC o 101 del TFUE. Será preciso, en cualquier caso analizar de quien ha partido la iniciativa de la elaboración de la información, su grado de antigüedad, la periodicidad, el acceso a la misma, etc. En definitiva hay que someter en ese caso el mismo test que a cualquier otro intercambio de información, aunque posiblemente disminuya en tal supuesto la posibilidad de ilicitud.

Otra cuestión es si la información es transmitida por los clientes o los proveedores. Como se ha indicado con anterioridad, la CNC consideró en un caso concreto en el que la información se transmitió por un cliente que no existió infracción, pero sin que pueda descartarse por completo esa posibilidad. En el Reino Unido la Office of Fair Trading («OFT»)⁵⁵ ha sancionado en diversas ocasiones⁵⁶

54. E incluso en este caso con obligación de destruir los datos desagregados. Ver la Resolución del TDC de 11 de julio de 2007, Expte. A 360/06, *Estadísticas Cerveceros 2*. Se admitió, lo cual no debe extenderse más allá del caso concreto, que el secretario de la asociación, al no tener relación con ninguna de las empresas que facilitaban los datos, tenía esta característica. Ver Resolución del TDC de 9 de abril de 2002, Expte. A 296/01, *Anuario Videográfico*.

55. ALBORS LLORENS, A. «Horizontal agreements and concerted practices in EC competition law: Unlawful and legitimate contacts between competitors», op. cit. *supra* en la nota a pie de pág. nº 3, en las págs. 866-867, señala que la Comisión Europea se ha limitado a perseguir determinados supuestos en los que los suministradores han atendido a las peticiones de algunos de sus distribuidores para que les informara de las actividades comerciales de otros distribuidores, poniendo como ejemplo el supuesto de *Musique Française v. Commission* (Sentencia del TJUE de 7 de junio de 1983, asunto C-100/80, *SA Musique Diffusion française y otros c. Comisión de las Comunidades Europeas*).

56. ALBORS LLORENS, A., *Ibid.*, en la pág. 867 a 871, comenta de forma pertinente dos asuntos resueltos por la OFT y confirmados posteriormente *Competition Appeal Tribunal* («CAT») en relación con intercambios de información indirectos: las decisiones del de 1 de octubre de 2004, en el asunto 1021 y 1022/1/1/03, *JJB Sports & All Sports v. OFT*, 2004 CAT 17; y de 14 de diciembre de 2004, en el asunto 1014 y 1015/1/1/03, *Argos & Littlewood v. OFT*, 2004 CAT 24. En ambos asuntos fueron sancionados sistemas de intercambios de información indirectos. En el asunto *JJB Sports/All Sports* había tenido lugar una práctica «triangular» en la que al menos dos distribuidores minoristas de productos deportivos se habrían quejado al fabricante, Umbro, de que un tercer minorista, Sports Soccer, estaba vendiendo con descuento. En respuesta a estas quejas, Umbro presionó al distribuidor «rebelde» para que subiera los precios. El CAT consideró que los tres

intercambios de información realizados a través de contactos indirectos, que en algún caso han sido ratificadas por los tribunales, e incluso recientemente ha insistido en esa línea,⁵⁷ abriendo la posibilidad de que en el futuro sea asumida por parte de la Comisión Europea o de otras autoridades, pues aunque en las Directrices no haya más que una genérica referencia a ello,⁵⁸ los precedentes, el propio contenido de las Directrices y la fortaleza de los argumentos de la autoridad británica impiden descartar que el intercambio de información realizado, en cualquier caso, a través de un proveedor o un cliente, sea acorde con las normas de la competencia. Esa interpretación facilitaría el intercambio ilícito de información por el simple sistema de utilizar a un intermediario, y es en ese carácter de intermediario, particularmente si es buscado, en el que se puede encontrar el fundamento de la ilicitud. En ese apartado, al análisis tradicional hay que añadir, por ejemplo, el análisis de la intencionalidad o la iniciativa. Si se encarga por ciertos competidores o su asociación a una consultora, por poner un ejemplo, que se elabore un estudio y para ello han de solicitarse datos a los agentes, o bien cuando se facilitan a los clientes datos que no resultan imprescindibles en las relaciones comerciales, o con una antelación excesiva, puede entrar en juego la presunción de que se está buscando obtener una información que de hacerlo directamente no cabría dudas acerca de la ilicitud de esa conducta, y que, analizado el caso, la presencia de un intermediario «buscado» no permite la exclusión de esa ilicitud.

el fabricante Umbro y los distribuidores que se habían quejado, JJB Sports y All Sports, habían participado en una práctica anticompetitiva (aptds. 663 a 669 de la decisión del CAT, citados por ALBORS LLORENS, A. *Ibid.*, en la nota a pie de pág. 103). En el asunto *Argos & Littlewood*, dos distribuidores de juguetes, Argos y Littlewood, habían comunicado al fabricante, Hasbro, sus intenciones de precios de venta y, al mismo tiempo, Hasbro les habría comunicado sus expectativas también sobre el precio. La OFT primero y después del CAT consideraron que, aunque no había prueba de contactos directos entre los distribuidores, «*sabían o al menos podrían haber previsto razonablemente que sus discusiones con Hasbro reflejaban las conversaciones de este con otros distribuidores*». Según el CAT, en este tipo de sistemas de intercambios triangulares, es preciso que la parte que suministra inicialmente la información sensible «*pueda prever de forma razonable*» («*where it is reasonably foreseeable*») que el receptor de la información pueda utilizarla para influenciar las condiciones del mercado (ver ALBORS LLORENS, A. *Ibid.*, en la pág. 869). Ambas decisiones del CAT fueron confirmadas por la Corte de Apelación inglesa o *Court of Appeal*. En concreto, en la sentencia de 19 de octubre de 2006, asuntos nº 2005/1071, 1074 y 1623, en relación con el asunto *JJB Sports & All Sports*, la Court of Appeal fue incluso más allá, diciendo no entender las aparentes vacilaciones del CAT para acabar de concluir que la **intención** [énfasis añadido] de los distribuidores al transmitir la información al fabricante era, precisamente, que este ejerciera presión sobre el «rebelde» y no que «habría podido prever de forma razonable» alguna acción del fabricante una vez comunicada la información.

57. El 10 de agosto de 2011, la OFT adoptó una resolución en la que imponía multas por un total de 49,51 millones de libras a cuatro supermercados y cinco procesadores de productos lácteos. Según el comunicado de prensa (la decisión formal a fecha de estas líneas no ha sido aún publicada), la OFT consideró que las sancionadas habían intercambiado información sobre sus intenciones de precios de venta minorista de forma indirecta a través de los procesadores de productos lácteos. Mediante el intercambio de información, habrían coordinado los incrementos de precios de algunos quesos y leche fresca durante 2002 y 2003. La nota de prensa de la OFT está disponible en su página web (enlace activo en septiembre de 2011: <http://www.of.gov.uk/news-and-updates/press/2011/89-11>).
58. En las Directrices, el aptdo. 55 habla del intercambio de información realizado a través de un tercero, como los proveedores o los minoristas, mientras que se dedican los aptds. 92 y 93 a analizar los supuestos en los que los datos son o no públicos.

4. Intercambio de información entre productores y distribuidores.

Los intercambios de información en las relaciones verticales

Como se ha señalado, las Directrices de la Comisión se refieren a los acuerdos de cooperación horizontal, por lo que no se analizan los supuestos relativos al intercambio vertical de información. Ahora bien, existe un supuesto que, aun quedando al margen del contenido de las Directrices, puede señalarse. Hemos de referirnos al campo de la distribución comercial, donde existen canales establecidos de información entre distribuidores y fabricantes, y en ese terreno no puede olvidarse que en la actualidad se está incrementando considerablemente la presencia de las denominadas marcas de distribuidor o marcas blancas, y en ese contexto pueden plantearse ciertos intercambios de información potencialmente problemáticos, precisando analizar si incluso pueden llegar a ser ilícitos.

El problema, en los términos en los que se acostumbra a plantear, radica en el hecho de que el distribuidor que distribuye los productos de su propia marca junto a los que llevan marcas de fabricantes precisa en determinados casos de información, particularmente de lanzamiento de determinados nuevos productos, que exige a su proveedor. Algunos de los extremos de esa información, por ejemplo los precios futuros, resultan esenciales en una relación vertical, pero la cuestión puede plantearse también sobre la exigencia de determinadas informaciones ajenas al precio. Por ejemplo, cuando un fabricante se dispone a lanzar un nuevo producto el distribuidor puede exigirle antes de adoptar una decisión de compra determinados datos tales como los diseños, la estrategia de lanzamiento, las previsiones de publicidad, etc. Datos que pueden ser útiles para la distribución de los productos, pero que también pueden servir al distribuidor para lanzar «sus» productos muy similares, pero de marca blanca, prácticamente de forma simultánea a los del fabricante, pero sin la necesidad de acometer los correspondientes gastos en investigación y desarrollo (prácticas conocidas como «copycat»). Así, aunque el intercambio de este tipo de datos puede ser en cualquier caso útil desde el punto de vista del distribuidor, si se analizan desde el punto de vista de un posible intercambio de información puede plantear problemas de competencia, entre otras cosas, porque, a ojos del consumidor, los productos de marca blanca compiten en el lineal con los productos de marca del fabricante. Otra área potencialmente conflictiva en el marco de la distribución relacionada con el acceso a información comercialmente sensible es la que resulta de los acuerdos de gestión por categoría,⁵⁹ donde distribuidores y fabricantes

59. Para una descripción de este tipo de acuerdos de «gestión por categorías» y los problemas que pueden plantear desde la perspectiva del Derecho de la Competencia, ver también la Comunicación de la Comisión – Directrices relativas a las restricciones verticales, DO C 130, de 19 mayo de 2010, pág. 1, en concreto, apdos. 209 a 213. En concreto, el apdo. 209 describe estos acuerdos como «acuerdos por los cuales, dentro de un acuerdo de distribución, el distribuidor confía al proveedor (el «capitán de categoría») la comercialización de una categoría de productos, incluyendo en general no solo productos del proveedor, sino también productos de sus competidores».

pueden tener acceso a información de sus competidores facilitando la coordinación entre ellos, como veremos más adelante.

Es cierto que de su propia formulación y en los términos en los que se plantean en el debate actual, la conducta tiene ciertos visos de ser abusiva más que típicamente colusoria. No obstante, en el mercado mayorista de abastecimiento de la distribución comercial en España, en la medida en la que se considere que la dimensión geográfica del mercado de aprovisionamiento es nacional no existe en principio un operador dominante (y la figura del abuso de posición de dominio colectiva ha dado sobradas pruebas de las limitaciones de su aplicación), por lo tanto, las posibilidades de analizar si esa conducta infringe el artículo 2 LDC resultan complicadas, aunque no pueda afirmarse que sea absolutamente descartable. Otra cosa es analizarlas en sede del artículo 3 LDC, como un abuso de dependencia económica con efectos sobre el mercado pero a nadie se le puede ocultar igualmente la dificultad de la vía, que puede requerir una colaboración del sujeto pasivo de la conducta que, posiblemente por su dependencia del distribuidor no está en condiciones de prestar.

Es precisamente por ello por lo que estas conductas, junto con el conjunto de las que se presentan en el marco de las relaciones entre productores/fabricantes y distribuidores comerciales como consecuencia de la acumulación del poder de compra de estos últimos han sido enfocadas por las autoridades de la competencia al ejercer sus competencias en materia de «advocacy»⁶⁰ precisa-

60. Ver, por ejemplo, el informe de la autoridad de competencia de Estados Unidos, FEDERAL TRADE COMMISSION («FTC»), *Report on the Federal Trade Commission Workshop on Slotting Allowances and Other Marketing Practices in the Grocery Industry*, de febrero de 2001; del Reino Unido, COMPETITION COMMISSION, *The supply of groceries in the UK market investigation* de 30 de abril de 2008; de la autoridad de competencia australiana AUSTRALIAN COMPETITION AND CONSUMER COMMISSION («ACCC»), *Report of the ACCC inquiry into the competitiveness of retail prices for standard groceries*, de 5 de agosto de 2008; y de la autoridad de competencia francesa, AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, *Avis n° 10-A-25 relatif aux contrats de «management catégoriel» entre les opérateurs de la grande distribution à dominante alimentaire et certains de leurs fournisseurs*, de 7 de diciembre de 2010.

Entre nosotros, el Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia («TVDC») publicó también un informe en este ámbito: TVDC, *La distribución de bienes de consumo diario: Competencia, oligopolio y colusión tácita*, en abril de 2009. Tras hacer un análisis de los mercados relevantes y sus características, el TVDC llega a afirmar que en el mercado español de aprovisionamiento y distribución de bienes de consumo diario varios operadores (Carrefour, Mercadona y Eroski) ostentan una posición dominante colectiva «que les permite exigir a sus proveedores pagos y condiciones comerciales desproporcionados». Sigue el TVDC razonando que los ingresos derivados de estos pagos comerciales desproporcionados, así como la ausencia de competencia en los precios minoristas, les permitiría al mismo tiempo aumentar su cuota de mercado, «creando una espiral de pagos comerciales y precios de cesión/minoristas elevados que beneficia al distribuidor y perjudica a los consumidores». Según el TVDC, los efectos negativos de esta espiral se verían reforzados con el tratamiento privilegiado otorgado a la marca blanca (que no debe hacer frente a los pagos y condiciones comerciales desproporcionados) frente a la marca del fabricante, que desembocaría en su expulsión del mercado. En suma, según la autoridad vasca, «a la espiral inflacionista de precios se une una reducción de la variedad de oferta, lo que supone un doble perjuicio para los consumidores. Esta dinámica anticompetitiva se retroalimenta, aumentando así la concentración, las barreras de entrada, los pagos y condiciones comerciales abusivas y la presencia de las marcas blancas». Ante esta situación, el TVDC propone no solo un riguroso análisis de las concentraciones empresariales en este sector, sino incluso intervenir e imponer medidas estructurales (desinversiones) cuando exista una saturación estratégica del mercado que se presumiera en las siguientes circunstancias: (a) cuota de mercado elevada de una empresa (+50 %); (b) presencia multi-establecimiento de una empresa (+1); (c) número reducido de competi-

mente por las dificultades que se presentan para dar respuesta al problema con las herramientas propias del «enforcement» de las normas de la competencia. En ese orden de cosas, mientras se redactan estas líneas la CNC está procediendo a elaborar un informe sobre las relaciones entre fabricantes y distribuidores en el sector alimentario que posiblemente verá la luz antes de que resulten estas publicadas.

Durante los trabajos para la elaboración del informe se han ido identificando los problemas ya apuntados. Básicamente, desde la óptica de las prácticas comerciales como las conductas de copycat, la gestión por categorías y otras prácticas comerciales como las cláusulas de cliente más favorecido, se pueden dar distintos problemas relacionados con los intercambios de información. En primer lugar, podrían dar lugar a prácticas discriminatorias, en la medida en la que un operador (ya sea el distribuidor o, por ejemplo, un fabricante gestor de la categoría) dispone de información comercialmente sensible sobre otros operadores. Podría así, en determinadas circunstancias, aprovechar la información transmitida para, por ejemplo, empeorar la colocación en los lineales de los productos de sus rivales coincidiendo con una campaña promocional de este, o como hemos apuntado antes, imitar productos que van a ser lanzados por otros operadores aprovechándose de la información facilitada para su lanzamiento. En segundo lugar, el intercambio de información en la distribución puede posibilitar el aumento de la transparencia. Así, por ejemplo, la presencia de un capitán en la gestión de categoría de un distribuidor podría desincentivar las acciones comerciales agresivas de sus rivales con ese distribuidor, puesto que el capitán puede detectarlas con mayor facilidad. Igualmente, si ya opera uno, el aumento de la transparencia permite identificar más fácilmente las desviaciones del mismo. Por último, el intercambio de información que puede ser propiciado por estas prácticas comerciales podría incluso actuar como vehículo de coordinación horizontal tanto entre fabricantes como entre distribuidores (cárteles conocidos como de «hub & spoke» en la terminología anglosajona) si unos u otros exigen o reciben información sobre sus relaciones comerciales a distribuidores o fabricantes, respectivamente. Así, por ejemplo, si un fabricante con fuerte poder de mercado que tenga acceso a información comercial sensible, podría actuar como «correa de transmisión» de la información a todos los distribuidores o incluso, directamente, dándoles instrucciones. La misma situación, pero en relación con los fabricantes, podría ser propiciada por un distribuidor fuerte que exija o reciba este tipo de información comercial sensible.

dores (3 o menos), y (d) barreras legales que impiden o dificultan enormemente la entrada de nuevos competidores (inexistencia de suelo comercial disponible y viable). Como veremos a continuación, la CNC también está preparando en estos momentos un informe sobre las relaciones entre fabricantes y distribuidores que en principio no va tan lejos en sus consideraciones acerca de la estructura competitiva del mercado, ni por tanto tampoco en propuestas agresivas para facilitar la competencia, pero sí ha detectado prácticas potencialmente problemáticas.

Así, el hecho de que existan dificultades para pronunciarse más allá del campo de la «advocacy» no significa una opinión en el sentido de que esas conductas no puedan suponer una infracción de las normas de la competencia, particularmente del artículo 3 LDC e incluso, como apunta el borrador de informe de la CNC, del artículo 1 LDC si se puede considerar que ese intercambio de información constituye un acuerdo prohibido, sin perjuicio de que en ese caso pudiera quedar exento de sanción el fabricante en la medida en la que se pueda considerar que a él ha sido impelido por quien tiene el verdadero poder de mercado.⁶¹

III. Conclusiones

Ya desde el principio de estas páginas se había señalado la dificultad de establecer un perfil perfecto, que proporcionara una certeza legal absoluta, sobre los supuestos en los que el intercambio de información puede resultar lícito y aquellos otros en los que infringe las normas de la competencia. En cualquier supuesto la dificultad de establecer una norma de carácter general ha quedado bien patente, y, en consecuencia, se trata de hacer un análisis individual, caso a caso, de la conducta, de su objeto y, en su caso, de los efectos reales y potenciales sobre la competencia, y, posteriormente analizar si se reúnen los requisitos necesarios para la posible aplicación del artículo 1.3 de la LDC, pues como se señala con acierto en las Directrices de la CE,⁶² «(l)os efectos probables sobre la competencia de un intercambio

61. Esta aproximación es la que se ha utilizado tradicionalmente en el marco de los acuerdos verticales, en las que se sanciona a los fabricantes que idean las restricciones y no a los distribuidores. Básicamente se considera responsable de la infracción al fabricante en la medida en que los documentos contractuales son preparados y adoptados por ellos y, en última instancia, generalmente las restricciones se imponen para favorecer sus intereses. Así, por ejemplo, en el asunto *Sandoz* (Decisión de la Comisión de 13 de julio de 1987, asunto *Sandoz*, DO L 222, de 10 de agosto de 1987, pág. 28.), la Comisión Europea explicó que «(33) La presente Decisión va dirigida únicamente a Sandoz PF, porque solo ella ha de ser considerada responsable por la infracción del apartado 1 del artículo 85. Como se ha dicho más arriba, la prohibición de exportación impresa en la factura ha de considerarse a todos los fines y propósitos como una cláusula del acuerdo celebrado entre Sandoz y sus clientes y no un acto unilateral. No obstante, hay que hacer constar asimismo que las referidas factura y cláusula fueron preparadas y adoptadas por la propia Sandoz PF. La prohibición de exportación se incluyó fundamentalmente para favorecer los intereses de Sandoz PF, que era en última instancia la responsable de su introducción y aplicación, así como de cualesquiera medidas tomadas para asegurar sus efectos prácticos sobre el mercado. Por ello, los clientes de Sandoz PF no pueden ser considerados responsables de la infracción».

62. Cit. *supra* en nota a pie de pág. nº 2. El apdo. 75 de las Directrices recoge lo siguiente: «Los efectos probables sobre la competencia de un intercambio de información deben analizarse individualmente ya que el resultado de la evaluación depende de una combinación de distintos factores específicos de cada asunto. La evaluación de los efectos restrictivos de la competencia debe comparar los efectos probables del intercambio de información con la situación competitiva que existiría sin ese intercambio concreto de información (6). Para que un intercambio de información tenga efectos restrictivos de la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1, debe ser probable que produzca un impacto negativo apreciable en uno (o varios) de los parámetros de la competencia tales como el precio, la producción, la calidad del producto, la variedad de productos o la innovación. Los efectos restrictivos sobre la competencia de un intercambio de información dependerán tanto de las condiciones económicas imperantes en los mercados de referencia como de las características de la información intercambiada».

de información deben analizarse individualmente, ya que el resultado de la evaluación depende de una combinación de distintos factores específicos de cada asunto», marcando a continuación unas pautas referidas a las condiciones de los mercados de referencia y, por otra parte, de las características de la información intercambiada y estableciendo determinadas pautas que deben seguir de guía para el análisis individualizado de cada conducta:

a) Características del mercado

Partiendo del hecho cierto de que los resultados colusorios resultan más fáciles cuando los mercados son transparentes, concentrados, sencillos, estables y simétricos, se analizan por la Comisión Europea los supuestos en los que el intercambio de información puede facilitar los resultados colusorios, en la medida en la que aumenten la transparencia de los mercados, hagan posible la coordinación entre un número mayor de empresas de la que sería posible sin el intercambio, establezcan sistemas para reducir la complejidad, por ejemplo estableciendo normas simples de fijación de precios cuando existe un gran número de ellos, faciliten la estabilidad del mercado, por ejemplo estableciendo barreras de entrada para quienes no accedan a la información o facilitando la colusión incluso cuando el mercado presenta estructuras heterogéneas, por ejemplo facilitando el conocimiento de las diferencias y facilitando los medios para adaptarse a la heterogeneidad.⁶³

El segundo elemento a tener en cuenta se refiere a la cuota de mercado de las empresas que participan en el intercambio, ya que si estas no representan una amplia parte del mercado de referencia, las otras empresas que no participan en el intercambio pueden replicar con su estrategia y, por lo tanto, amenazar la estabilidad del resultado colusorio.⁶⁴

63. Aptdos. 77 a 85 de las Directrices, *Ibid.*

64. Naturalmente estas consideraciones no pueden afectar al supuesto que podríamos denominar «cártel de intercambio de información», ya que en ese supuesto no cabría la aplicación de esta especie de «regla de *minimis*». En el marco de la OCDE, algunos países han abogado por establecer una especie de regla de *minimis* para los acuerdos de intercambio de información. En concreto, el Reino Unido propuso en su contribución al grupo de trabajo de la OCDE sobre intercambios de información, establecer un «safe harbour» o puerto seguro a los acuerdos de intercambios de información entre empresas que no superasen una cuota de mercado del 20 %. La posición de la Comisión Europea fue más conservadora y proponía aplicar las normas generales de *minimis* para todos los acuerdos, establecidas en la Comunicación de *minimis* (Comunicación de la Comisión de 22 de diciembre de 2001 relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, DO 2001 C 368 de 22 de diciembre de 2001, pág. 13) también al ámbito de los acuerdos de intercambios de información. Ver OCDE, *Information Exchanges Between Competitors under Competition Law 2010*, DAF/COMP(2010)37, publicado el 11 de julio de 2011, resultado de las contribuciones al grupo de trabajo sobre intercambios de información operados en la OCDE en octubre de 2010, disponibles en su página web en septiembre de 2011: www.oecd.org/dataoecd/12/52/48379006.pdf.

b) Características de la información intercambiada

Para analizar el carácter restrictivo de la competencia del intercambio resulta necesario analizar el contenido de la información que se intercambia, fundamentalmente si se trata de información estratégica, a qué parte del mercado afecta, si se trata de datos agregados o individualizados, su antigüedad, la frecuencia del intercambio, si los datos son públicos y si el intercambio de información se realiza o no de forma pública.⁶⁵

En primer lugar será necesario analizar el carácter estratégico de la información que se intercambia, resultando obvio que la referida a precios o cantidades, seguida de la relativa a costes y demanda, resulta la más estratégica y que, por lo tanto, cualquier intercambio de estos datos hace que se enciendan todas las luces rojas de peligro.

Lógicamente si los datos que se intercambian están agregados, de forma tal que no es posible conocer los datos individuales de cada empresa, es difícil que de ese intercambio se puedan deducir resultados anticompetitivos, si bien tampoco es descartable puesto que en el supuesto de un oligopolio muy restringido aunque los datos sean agregados, resulta fácil individualizarlos.

La antigüedad de los datos que se intercambian también incide en el carácter anticompetitivo de la conducta, sin que sea posible ofrecer una regla universal respecto a la antigüedad que evita el carácter anticompetitivo. En cualquier caso será necesario referirse al tipo de datos, su agregación, la frecuencia del intercambio y las características del mercado de referencia.⁶⁶

Otro de los elementos esenciales para determinar la licitud o ilicitud del intercambio de información ha de venir referido a la frecuencia con la que los datos se intercambian, que también ha de ponerse en relación con los restantes elementos tales como la naturaleza, antigüedad y agregación de los datos intercambiados, sin que pueda descartarse que un solo intercambio de información, sin que se repita, pueda constituir una conducta anticompetitiva.⁶⁷

Por otro lado, si la información es pública, resulta menos probable que su intercambio pueda suponer una infracción, pero sin que se pueda descartar del todo. En todo caso no se puede considerar que los datos sean verdaderamente públicos si existen costes para su obtención y estos son de tal montante que se disuade a las empresas o a los consumidores de obtenerlos.

Por último, el hecho de que la información se intercambie en público no excluye necesariamente que se pueda facilitar un resultado colusorio en el mercado.

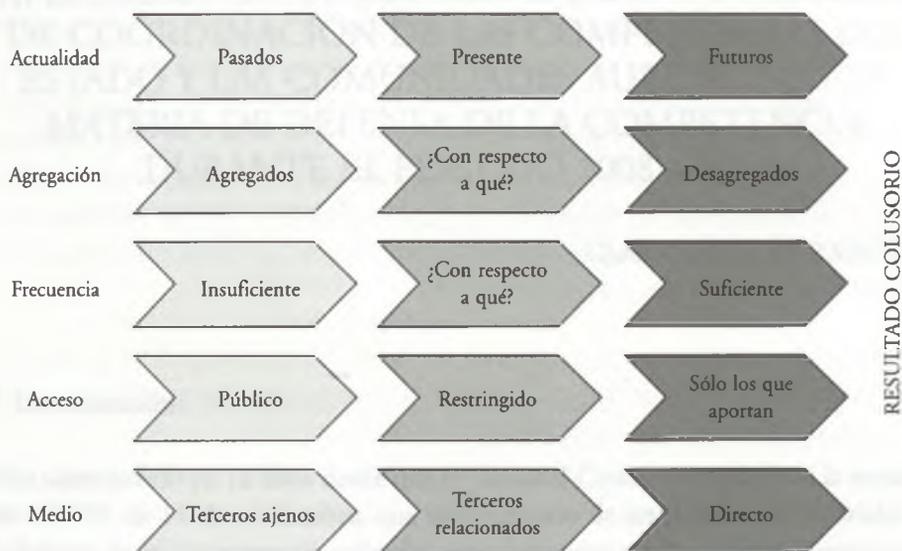
Como se puede fácilmente concluir, ratificando las observaciones anteriormente realizadas, existe un considerable número de variables que hay que considerar

65. Aptdos. 86 a 94 de las Directrices, *Ibid.*

66. En el aptdo. 90 de las Directrices se señala por vía de ejemplo que los datos pueden considerarse históricos si su antigüedad es varias veces superior a la duración de los contratos en el sector.

67. Ver la Sentencia del TJUE de 4 de junio de 2009, en el asunto C-08/08, *T-Mobile*.

individualmente antes de llegar a la conclusión del carácter anticompetitivo de un intercambio de información. En la ponencia presentada en las IV Jornadas Anuales de la CNC de 21 de junio de 2011 por la consejera de la CNC Inmaculada Gutiérrez⁶⁸ se incluyó un cuadro que resulta sobradamente ilustrativo de los elementos a tener en cuenta para analizar individualmente un intercambio de información:



Como puede observarse, en cada caso concreto será preciso analizar un considerable número de variables y dependiendo del resultado de ese análisis las empresas, sus asesores y las autoridades de la competencia podrán llegar a determinadas conclusiones. Naturalmente en la medida en la que nos encontremos en zonas grises (por ejemplo datos parcialmente estratégicos, periodicidad débil, mercado amplio y poco homogéneo, etc.), las dificultades para llegar a una conclusión aumentarán. O, por el contrario, si las características de la información intercambiada se encuentran en la banda derecha de la columna, el peligro de una declaración de ilicitud, con la consiguiente sanción, es indudable; de la misma forma que una información que reúna todas las características de la columna de la izquierda hace menos probable la ilicitud. Aunque para alcanzar al menos un grado aceptable de seguridad jurídica parece más segura la primera de las afirmaciones, es decir que una información con todas o la mayor parte de las características de la columna de la derecha resulta ilícita, que la segunda, esto es que la información con todas las características de la columna de la izquierda se encuentra a resguardo de una

68. GUTIÉRREZ, I. «Intercambios de Información» en las IV Jornadas de la CNC, op. cit. *supra*, nota a pie de pág. 3.

declaración de ilicitud.⁶⁹ Y con ello se reafirma cuanto de una manera un tanto asistemática se había reflejado desde el principio de este trabajo: que el análisis debe ser realizado caso a caso y que lo importante es obtener un método de análisis que se puede obtener de las Directrices de la CE y, en cierta medida y junto a otras aportaciones indudablemente más valiosas, de cuantas observaciones y consideraciones aquí se han consignado.

69. Como señala ALBORS LLORENS, A. op. cit. supra, nota a pie de pág. 3, en la pág. 859: «*In this context, exchanges of information, participation in meetings of market players and discussions between competitors, or even discussion with third parties, may amount to sailing into very perilous waters*».

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, DURANTE EL PERIODO 2008 – 2010

CLARA GUZMÁN ZAPATER¹

I. Introducción

Han transcurrido ya 12 años desde que el Tribunal Constitucional dictó la sentencia 208/99, de 11 de noviembre, que inició el paso de un sistema centralizado en la defensa de la competencia aplicado exclusivamente por los órganos estatales, a otro descentralizado que culminó con la aprobación 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.

Nos encontramos en un momento idóneo para hacer un balance de la situación en este ámbito, no solo teniendo en cuenta el camino recorrido desde la entrada en vigor de dicha ley, sino además los cerca ya de cuatro años de aplicación de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia, lo cual nos permite tener una cierta perspectiva sobre el encaje que se ha producido entre ambas.

La Ley de Defensa de la Competencia de 1989 se había concebido en un contexto en el que las comunidades autónomas no contaban con competencia alguna en este ámbito, por lo que en su redacción original no se previeron mecanismos de coordinación ni disposiciones orientadas a garantizar la aplicación uniforme de la ley en todo el territorio nacional.

Más de quince años después y tras la aprobación 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, se llevó a cabo la reforma que llevaría a la nueva Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. En

1. Directora de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia.

este nuevo contexto el legislador mejoró y reforzó los mecanismos orientados a la consecución de una aplicación uniforme de la misma. En particular a través de las solicitudes de informes a las comunidades autónomas en aquellos expedientes que puedan tener un impacto significativo en el territorio de una comunidad autónoma concreta, así como por medio de la legitimación activa de las autoridades de competencia para impugnar actos administrativos y reglamentos que constituyan obstáculos para la competencia en el mercado.

Este año la CNC ha publicado un informe trianual sobre la aplicación de la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las competencias del Estado y las comunidades autónomas en materia de defensa de la competencia. Basándonos en la información contenida en el mismo, en el presente artículo, además de analizar el funcionamiento del sistema de coordinación entre la CNC y las autoridades de competencia autonómicas en la gestión diaria de expedientes, veremos cómo han funcionado en la práctica los dos mecanismos citados anteriormente orientados a la aplicación uniforme de la LDC con el fin último de preservar la unidad de mercado a nivel nacional.

II. El sistema de coordinación entre la CNC y las comunidades autónomas. Experiencia práctica

Recordemos que la Ley 1/2002, tiene como objeto establecer el marco jurídico para el desarrollo de las competencias ejecutivas del Estado² y de las comunidades autónomas asociadas, exclusivamente, con las conductas prohibidas (acuerdos, abusos y competencia desleal), a la vez que establecer los mecanismos de coordinación y colaboración necesarios, entre las distintas administraciones, al objeto de concentrar las actividades desarrolladas por cada una, evitando la duplicación de esfuerzos y acciones divergentes en el objetivo único y común de la eficacia en la defensa de la libre competencia.

Así, la Ley 1/2002:

- delimita las competencias estatales y autonómicas a través de los denominados «**puntos de conexión**».
- diseña los procedimientos de **asignación de casos** entre el Estado y las comunidades autónomas así como el mecanismo de resolución de conflictos, en su caso.
- establece los **mecanismos de colaboración y coordinación** necesarios entre el Estado y las comunidades autónomas para evitar los riesgos de la descentralización.

2. Las competencias legislativas en materia de defensa de la competencia corresponden al Estado, de acuerdo con la sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de noviembre de 1999. Véase la Disposición Final primera de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia («Títulos competenciales»).

Puntos de conexión

Los denominados puntos de conexión por la Ley 1/2002 se corresponden con los criterios para delimitar la competencia estatal o autonómica en cada caso, estableciendo como criterio fundamental para la determinación del órgano competente el efecto territorial de la conducta.

Así, la competencia objetiva atribuible a las comunidades autónomas se halla limitada a aquellas actuaciones ejecutivas que hayan de realizarse en el territorio de cada comunidad y que no afecten al mercado supraautonómico.

Lo anterior implica que corresponde al Estado la normación y todas las actuaciones ejecutivas en relación con las prácticas que alteren la competencia en un ámbito supraautonómico o en el conjunto del mercado nacional aunque las actuaciones se realicen en el territorio de una comunidad.

Es competencia exclusiva del Estado el control de las concentraciones económicas, la representación en materia de defensa de la competencia ante organismos internacionales y la aplicación en España del artículo 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Con el fin de garantizar la seguridad jurídica de los operadores y la uniformidad en la aplicación de las normas y minimizar los posibles conflictos derivados de la interpretación del principio general de territorialidad, la Ley establece un conjunto de reglas adicionales tendentes a aclarar cuándo una conducta es competencia del Estado aun cuando esta se realice en el territorio de una comunidad autónoma,³ reglas que, por el momento, no han sido objeto de aplicación en los 9 años de vigencia de la Ley 1/2002.

Las competencias son excluyentes, de manera que en cada caso, o es competente la comunidad autónoma correspondiente o lo es la Administración General del Estado a través de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC).

Asignación de casos

Con carácter previo a la toma de cualquier decisión sobre el fondo del asunto es necesario determinar la autoridad competente para conocer y resolver el mismo, para lo cual la Ley 1/2002, en su artículo 2, establece un mecanismo basado en la reciprocidad de información, según el cual:

3. Son competencia del Estado aquellas conductas que puedan atentar contra la unidad de mercado nacional (por la dimensión del mercado afectado; la cuota de mercado de la empresa correspondiente; el tipo de restricción y alcance de los efectos de la misma) o puedan atentar contra el establecimiento de un equilibrio económico adecuado y justo entre las distintas partes del territorio nacional, a la libertad de circulación de personas y bienes o a la igualdad de todos los españoles.

- Las comunidades autónomas notifican a la Dirección de Investigación todas las denuncias recibidas, así como aquellas conductas detectadas de oficio respecto de las que existan indicios racionales de infracción.
- La Dirección de Investigación de la CNC notifica a los órganos autonómicos correspondientes copia de todas las denuncias recibidas y de las actuaciones practicadas de oficio respecto de las que existan indicios racionales de infracción que afecten al territorio de la comunidad autónoma en cuestión.

Este intercambio de información lleva a que, si ambas autoridades están de acuerdo, en un plazo máximo de quince días, la autoridad considerada competente pueda iniciar las correspondientes actuaciones.

Cuando exista discordancia entre autoridades sobre quién es la competente para conocer del caso, cualquiera de las autoridades en conflicto puede solicitar la convocatoria de la Junta Consultiva en materia de conflictos.

Esta Junta, creada en el artículo 3 de la Ley 1/2002, es el órgano especializado en el asesoramiento, mediante dictamen no vinculante, para la resolución de los conflictos de atribución de competencias que se susciten entre la Administración del Estado y de las comunidades autónomas, o entre estas entre sí, con ocasión de la aplicación de la legislación de Defensa de la Competencia.

La Junta está compuesta por miembros tanto de la Administración General del Estado como de la comunidad autónoma implicada.⁴ En particular, por parte de la primera componen la Junta el presidente, nombrado por el ministro de Economía y Hacienda, oído el Consejo de Defensa de la Competencia y un representante designado por el ministro de Economía y Hacienda, quien actuará como secretario, mientras que por parte de la comunidad autónoma en conflicto participarán dos representantes designados por esta. Una vez reunida la Junta está obligada a emitir un informe en el plazo de quince días.

La aplicación del **criterio de territorialidad** (agotamiento de los efectos en el territorio de la respectiva comunidad autónoma) es la que ha provocado los escasos conflictos producidos hasta ahora. Así el Estado mantiene su aplicación rigurosa, sin tener en cuenta la intensidad o afectación significativa de dichos efectos o la relación de causalidad que se hubiera podido producir, y las comunidades autónomas en conflicto defienden una aplicación más flexible, alegando que en caso contrario se vería anulada su competencia ejecutiva.

4. La Ley 1/2002 garantiza que la composición de la Junta sea paritaria de tal forma que el número de representantes de la Administración General del Estado iguale el número de representantes de las comunidades autónomas tal y como se recoge en el apartado tercero del artículo del 3 de dicha Ley el cual establece que *«excepcionalmente, en el supuesto en que hubiese mas de una comunidad autónoma afectada por el conflicto de competencias, se designará un solo representante por cada una de ellas. Si las comunidades autónomas en conflicto fueren tres o más, se elevará el número de representantes de la Administración General del Estado para garantizar la composición paritaria de la Junta.»*

Hasta la fecha la Junta Consultiva se ha convocado en tres ocasiones y se ha pronunciado sobre tres casos.⁵

En los tres informes emitidos la Junta ha coincidido en la aplicación del ámbito geográfico del efecto de la conducta, de manera que si la conducta produce o puede producir efectos que van más allá del territorio de la comunidad autónoma correspondiente se considera perdida la competencia autonómica.

El informe de la Junta Consultiva no es vinculante, por lo que la autoridad no conforme puede plantear el correspondiente conflicto de competencia ante el Tribunal Constitucional.⁶

Por otro lado, incluso cuando se considera que la competencia es estatal, la Dirección de Investigación notifica a la respectiva comunidad autónoma todas aquellas denuncias y actuaciones de oficio sobre las que se plantea que alteran la libre competencia en un ámbito supraautonómico o en el conjunto del mercado nacional, cuando considera que existe una especial incidencia en una comunidad autónoma.

Mecanismos de colaboración

En tanto que las comunidades autónomas no disponen de una estructura administrativa adecuada para el ejercicio de las competencias que les corresponden, es decir, de una estructura que permita atribuir a órganos u organismos diferenciados la instrucción y la resolución de los procedimientos y que dote de especial autonomía o independencia al organismo que le corresponda dicha resolución, el Estado continúa habilitado para ejercer las competencias de resolución, como ha ocurrido con la Comunidad Valenciana, hasta julio de 2008⁷ y actualmente con la Región de Murcia y comunidad autónoma de Canarias, cuyos expedientes, instruidos por los respectivos Servicios de Defensa de la Competencia, son resueltos por el Consejo de la CNC.⁸

Con el objetivo de dotar de un marco adecuado de colaboración con las comunidades autónomas que no tienen competencias en la materia o no tienen constituida y en funcionamiento la respectiva autoridad, se han suscrito sendos convenios de colaboración entre la CNC y la Administración del Principado de Asturias y con la comunidad autónoma de Illes Balears en 2009 y 2011, respectivamente, para la mejor aplicación de la normativa de defensa de la competencia

5. Caso Spanair-AENA, Caso Estación Sur de Autobuses Casos Euskaltel-Telefónica y Euskaltel-Telefónica Móviles.

6. Solo se ha planteado conflicto de competencia ante el Tribunal Constitucional en el caso de Estación Sur de Autobuses (Comunidad de Madrid).

7. El Tribunal de Defensa de la Competencia de la Comunidad Valenciana se constituye el 29 de julio de 2008.

8. Disposición Transitoria Única de la Ley 1/2002.

a través, entre otros medios, del intercambio recíproco de información y conocimientos en materia de defensa de la competencia. Está previsto suscribir este mismo tipo de convenio con el resto de comunidades autónomas que no tienen autoridad de competencia constituida ni en funcionamiento.⁹ En particular se encuentra en avanzado estado de tramitación el convenio con la Comunidad de La Rioja.

Mecanismos de coordinación

Con el fin de facilitar la aplicación uniforme de la legislación de competencia, la Ley 1/2002 establece distintos cauces para el intercambio de información con el fin de coordinar la actuación entre el órgano estatal y los distintos órganos autonómicos con competencias en materia de defensa de la competencia:

- El Consejo de Defensa de la Competencia¹⁰ es el órgano de colaboración, coordinación e información recíproca entre el Estado y las comunidades autónomas para promover la aplicación uniforme de la legislación de competencia.

El pleno del Consejo, que se reúne al menos una vez al año, está constituido por un representante de cada una de las comunidades autónomas con competencias en materia de defensa de la competencia y un número igual de representantes de la Administración General del Estado, nombrados por el ministro de Economía y Hacienda, entre los cuales se encuentra el presidente de la CNC, que actúa como presidente del Consejo, el titular de la Dirección de Investigación de la CNC y todos los miembros del Consejo de la CNC,¹¹ actuando como secretario el secretario del Consejo de la CNC, con voz pero sin voto.

9. Este sería el caso de La Rioja, la Comunidad Foral de Navarra y Cantabria.

10. Funciones del Consejo de Defensa de la Competencia:

Ser el órgano de colaboración, coordinación e información recíproca.

- Promover la aplicación uniforme de la legislación de competencia.

- Realizar el seguimiento periódico de la política de defensa de la competencia por parte de las distintas administraciones.

- Promover el intercambio de información entre las distintas administraciones.

Realizar y publicar estudios donde se pongan de manifiesto los criterios seguidos por las distintas administraciones en aplicación de la normativa de competencia.

- Informar proyectos de disposiciones de carácter general que afecten a las competencias compartidas.

- Desarrollar directrices adicionales tendentes a aclarar cuándo una conducta es competencia del Estado aun cuando las conductas se realicen en el territorio de una comunidades autónomas.

11. Orden EHA/2600/2010, de 6 de octubre, por la que se nombran a los miembros del Pleno del Consejo de Defensa de la Competencia en representación de la Administración General del Estado y su secretario.

- Al objeto de procurar la aplicación uniforme de la Ley 15/07, de Defensa de la Competencia (LDC), la Dirección de Investigación de la CNC podrá comparecer, en calidad de interesado, en los procedimientos administrativos tramitados por los órganos de defensa de la competencia de las comunidades autónomas. Hasta enero de 2011 la CNC se había personado de forma puntual en algunos expedientes de comunidades autónomas. A partir de esa fecha, una vez consolidada la nueva estructura de la CNC y con el objetivo de profundizar en la necesaria coordinación entre autoridades, la CNC ha comenzado a personarse como interesado en todos los expedientes incoados por las autoridades de competencia de comunidades autónomas sin excepción.
- Los órganos autonómicos de defensa de la competencia tienen la obligación de comunicar a la Dirección de Investigación de la CNC todos los acuerdos y resoluciones adoptados, tanto en la fase de instrucción como de resolución, que pongan fin al procedimiento, con el fin de que esta pueda ejercer, en su caso, el recurso contra dichos acuerdos ante las instancias correspondientes.
- La Dirección de Investigación de la CNC, en aplicación del apartado 4 del artículo 5 de la Ley 1/2002, solicita informe preceptivo no vinculante del órgano autonómico correspondiente, en aquellos casos en que las conductas objeto de expediente, aun afectando a un ámbito supraautonómico o al conjunto del mercado nacional, y por tanto de competencia de la CNC, incidan de forma significativa en el territorio de dicha comunidad autónoma, así como en el supuesto de una concentración en segunda fase que incida de forma significativa en su territorio.

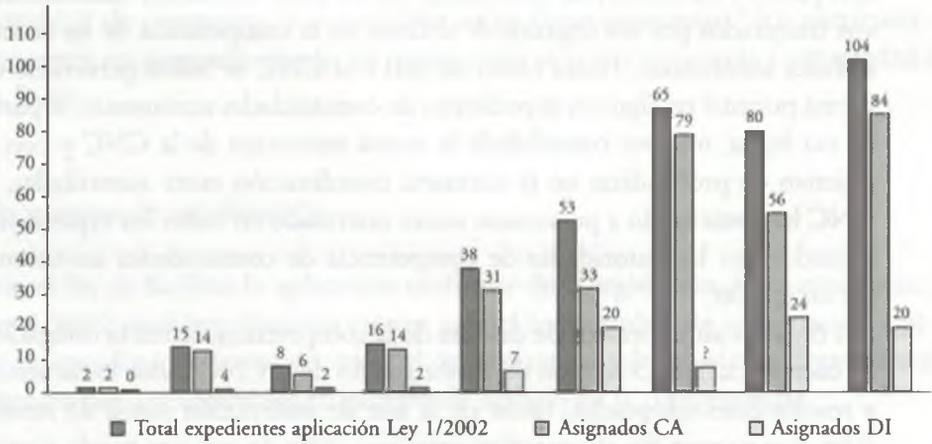
Evolución en cifras de la asignación de expedientes

A lo largo de estos tres últimos años se ha venido consolidando el sistema de descentralización de la política de Defensa de la Competencia y ello debido en gran medida al gran esfuerzo desarrollado por todas las autoridades en los distintos frentes: en la asignación de casos, en la actividad de promoción de la competencia, en la puesta en común de documentación y en la formación conjunta, entre otros.

En materia sancionadora, el desarrollo, la consolidación y la mejor organización de todas las autoridades competentes ha traído como consecuencia el que un mayor número de expedientes sean asignados a las respectivas comunidades autónomas, en detrimento del menor número de expedientes asignados a la CNC, así como también un incremento de expedientes iniciados de oficio por parte de éstas.

Lo anterior hay que interpretarlo como uno de los beneficios de la descentralización de la política de defensa de la competencia.

Gráfico 1. Aplicación de los mecanismos de asignación de expedientes (2002-2010)



Fuente: CNC

El número de expedientes sometidos al mecanismo de asignación varía mucho de una autoridad autonómica de competencia a otra, con independencia de su mayor o menor antigüedad, tal y como puede verse en la siguiente tabla, la cual incluye todos los expedientes sometidos a mecanismo de asignación por comunidad autónoma desde la fecha de entrada en vigor de la Ley 1/2002 hasta diciembre de 2010.

Tabla 1. Expedientes sometidos a los mecanismos de asignación por comunidad autónoma (años 2002-2010)

	Cataluña	Galicia	Madrid	C. Valenciana	Aragón	Castilla y León	País Vasco	R. Murcia	Extremadura	Andalucía	Canarias	Castilla - La Mancha	TOTAL comunidades autónomas
2002	2												1
2003	15												1
2004	8												1
2005	10	1	3	2									4
2006	10	8	6	1	3	1	2	1					8
2007	8	11	5	3	7	8	10	0	1				9
2008	8	17	15	5	7	2	12	1	3	14	3		11
2009	11	7	9	9	2	7	7	1	4	14	2	7	12
2010	16	12	21	8	4	5	10	2	2	14	5	5	12
Total	88	56	59	28	23	23	41	5	10	42	10	12	-

Fuente: CNC

Se puede observar asimismo cómo los casos sometidos al mecanismo de asignación son generalmente presentados en mayor proporción en la correspondiente comunidad autónoma, lo que podría interpretarse como una consecuencia lógica de la mayor proximidad de la autoridad autonómica al mercado donde se producen las conductas, al tiempo que muestra un mayor conocimiento por parte de los usuarios y empresas de las autoridades autonómicas. La tabla que sigue, que incluye el número de casos asignados por comunidad autónoma durante los tres últimos años (2008-2010) según la autoridad ante la que han sido presentados, es muestra evidente de ello.

Tabla 2. Asignación de casos por comunidad autónoma (años 2008-2010)

Comunidades autónomas	Nº casos totales	Autoridad presentación		Autoridad asignada	
		Comunidades autónomas	CNC	Comunidades autónomas	CNC
ANDALUCÍA	42	31	11	31	11
ARAGÓN	13	9	4	11	2
CANARIAS	10	4	6	10	0
CASTILLA - LA MANCHA	12	7	5	8	4
CASTILLA Y LEÓN	14	9	5	10	4
CATALUÑA	35	27	8	29	6
EXTREMADURA	9	6	3	6	3
GALICIA	36	29	7	28	8
MADRID	45	29	16	38	7
R. MURCIA	4	3	1	3	1
PAÍS VASCO	29	28	1	26	3
C. VALENCIANA	22	8	14	17	5
TOTALES	271	190	81	217	54

Fuente: CNC

En cuanto a la diferenciación de los expedientes iniciados por las autoridades de competencia autonómicas de oficio o por denuncia, en este mismo período las comunidades autónomas han iniciado un elevado número de **expedientes de oficio**, habiendo comunidades que destacan sobre el resto sin que el número de expedientes de oficio guarde una relación directa con la antigüedad de la autoridad de competencia.

Tanto las autoridades de competencia autonómicas como la CNC han iniciado numerosas investigaciones de oficio a lo largo de los tres años analizados. En particular, de los 271 casos asignados a las comunidades autónomas, 67 se iniciaron de oficio lo que supone un 26 % del total. Esta cifra se eleva al 34 % en el caso de la CNC, donde además las incoaciones de oficio representaron el 46 % del total. Este hecho podría relacionarse, de nuevo, con la actuación más pro activa y próxima a las conductas de las comunidades autónomas, además de

verse favorecido por el mayor grado de intercambio de información entre autoridades.

Algunos de los expedientes de oficio son consecuencia del intercambio de información que se producen entre autoridades sobre supuestas conductas de las que han tenido conocimiento por cualquier medio de las que no se consideran competentes para conocer, al objeto de que la autoridad receptora haga las averiguaciones que considere necesarias para determinar la veracidad de los hechos y, en su caso, una vez sometidas al mecanismo de asignación, inicie el correspondiente expediente. Durante este trienio examinado (2008-2010) se ha intercambiado información de este tipo en 21 ocasiones, de las cuales 17 se corresponden con remisiones de la CNC a la autoridad autonómica correspondiente.

También se intercambia información entre autoridades cuando en el marco de una actuación se considera que dicha conducta puede repetirse en todo el territorio nacional. En estos casos además de poner en conocimiento de todas las autoridades las conductas, se crea un grupo de trabajo con el objeto de aunar esfuerzos y adoptar soluciones y procedimientos comunes. Así ha ocurrido en este período en distintos casos relativos a colegios profesionales, alquiler de grúas, tanatorios y convenios.

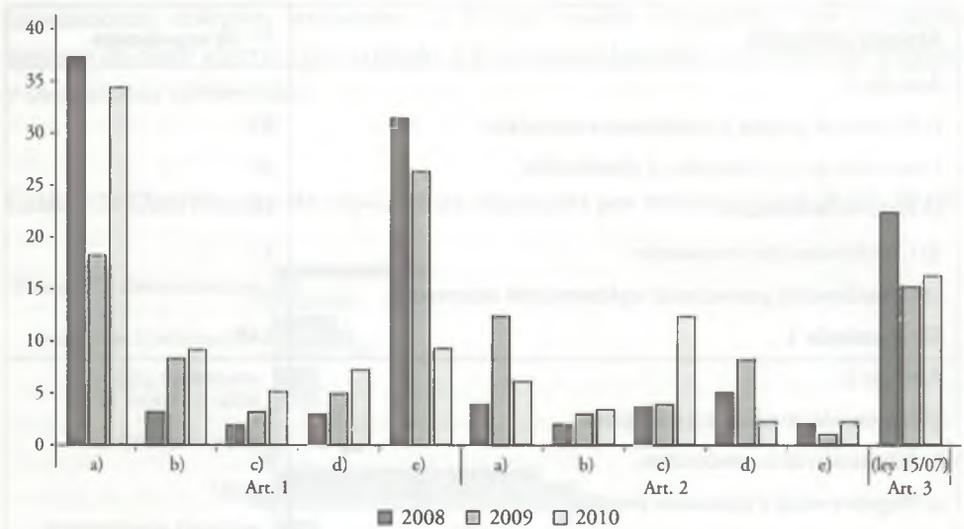
Tabla 3. Número de casos y expedientes de oficio por comunidad autónoma (años 2008-2010)

Comunidades autónomas	Nº casos totales	Expedientes de oficio
ANDALUCÍA	42	16
ARAGÓN	13	3
CANARIAS	10	1
CASTILLA - LA MANCHA	12	3
CASTILLA Y LEÓN	14	2
CATALUÑA	35	8
EXTREMADURA	9	1
GALICIA	36	3
MADRID	45	16
R. MURCIA	4	0
PAÍS VASCO	29	12
C. VALENCIANA	22	2

Fuente: CNC

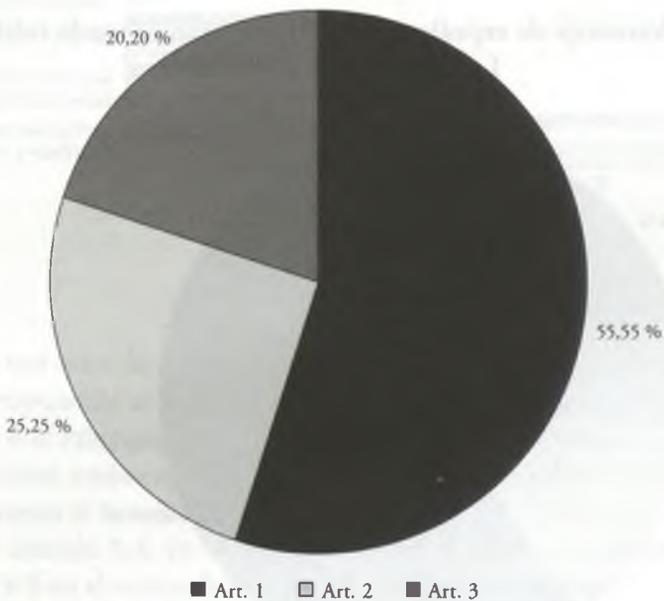
Si atendemos a la **calificación** dada inicialmente a los expedientes sometidos a asignación, hay que destacar aquellos que afectan a los distintos tipos de conductas incluidos en el artículo 1 de la Ley 15/2007, concretamente y, dentro de este, a la fijación de precios y condiciones comerciales.

Gráfico 2. Expedientes asignados por artículo infringido Ley 15/07 (2008-2010)



Fuente: CNC

Gráfico 3. Porcentaje de expedientes asignados según artículo infringido Ley 15/07 (2008-2010)



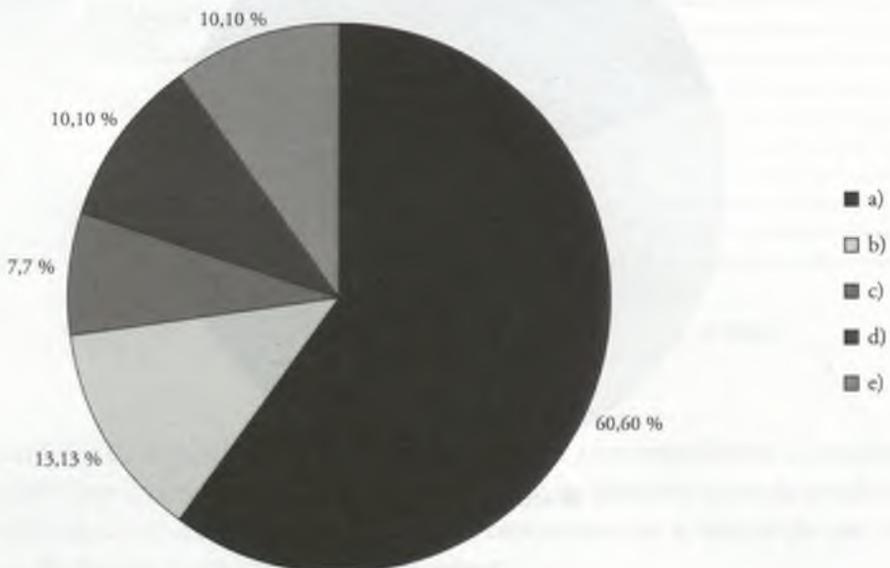
Fuente: CNC

Tabla 4. Expedientes asignados por artículo/apartado infringido Ley 15/07 (años 2008-2010)

Artículo infringido	Nº de expedientes
Artículo 1:	
a) Fijación de precios y condiciones comerciales	89
Limitación de la producción, y distribución	20
c) Reparto de mercado	10
d) Condiciones discriminatorias	15
e) Subordinación prestaciones suplementarias innecesarias	15
Total artículo 1	149
Artículo 2:	
a) Imposición condiciones comerciales	21
b) Limitación de la producción	8
c) Negativa venta y prestación servicios	20
d) Imposición condiciones discriminatorias	15
e) Subordinación prestaciones suplementarias innecesarias	5
Total artículo 2	69
Artículo 3	53

Fuente: CNC

Gráfico 4. Porcentaje de expedientes asignados según apartado infringido art. 1 Ley 15/07 (años 2008-2010)



Fuente: CNC

Por lo que respecta al **reparto por sectores económicos**, se observa que el mayor número de casos corresponde al sector de organizaciones profesionales (asociaciones, colegios, sindicatos...), lo que resulta congruente con el mayor número de casos abiertos por artículo 1.a (recomendaciones y acuerdos de precios y condiciones comerciales).

Gráfico 5. Distribución de expedientes asignados por sectores (años 2008-2010)



Fuente: CNC

En estos tres años la CNC ha tramitado 11 expedientes que, en principio, habrían correspondido a las autoridades de las comunidades autónomas aun no constituidas: 6 al Principado de Asturias, 3 a la comunidad autónoma de Baleares, 1 a la comunidad autónoma de Cantabria y 1 a la Comunidad Foral de Navarra.

En este trienio se ha solicitado el informe preceptivo no vinculante, a que hace referencia el artículo 5.4, en 13 ocasiones, 8 en el marco de un procedimiento sancionador y 5 en el marco de una operación de concentración.¹²

12. Andalucía: S/2779/07 CRDO Vinos Jerez — S/0091/08 Vinos Jerez-Fedejerez — S/0167/09 Uva y Mosto de Jerez — S/0231/10 Productos Hortofrutícolas — S/0251/10 Envases Hortofrutícolas.

Con estos informes, más allá de valoraciones desde el punto de vista del análisis de competencia realizado, se pretende disponer de una información valiosa en tanto en cuanto procede de la autoridad de competencia más próxima a la cuestión planteada y con un conocimiento detallado del sector en la comunidad autónoma, lo que sin duda permite aportar un valor añadido al análisis de competencia llevado a cabo por la CNC.

Colaboración entre autoridades: grupos de trabajo, inspecciones y formación

La aprobación de la Ley 15/2007 y su Reglamento de desarrollo, la incorporación de nuevas autoridades¹³ a la red de autoridades de competencia desde el año 2002 hasta las 11¹⁴ constituidas a día de hoy, la aprobación del Reglamento de organización y funcionamiento de la Junta Consultiva en Materia de Conflictos, la aprobación de las normas de funcionamiento de las comisiones técnicas y grupos de trabajo en el marco del Consejo de Defensa de la Competencia, modificadas en la reunión del Consejo de Defensa de la Competencia celebrado el 19 de diciembre de 2008, han ido consolidando el sistema y aumentando la necesidad de una mayor colaboración y coordinación entre autoridades siempre con

Castilla y León: S/0192/09 Asfaltos.

Cataluña: S/2627/05 Ametraci — S/2735/06 Patines a vela — S/0012/07 Autoridad Portuaria Puerto de Barcelona — C/0312/10 Ser-Radio Lleida — S/0215/10 Transcalit.

Extremadura: S/0254/10 Hierros.

Galicia: S/0089/08 Unión Fenosa Instalación — S/0107/08 Plataforma Distribución Mejillón.

Madrid: S/2676/06 Estación Sur Autobuses Madrid.

Murcia: S/0210/09 Colegio Veterinarios.

País Vasco: 2628/05 Carburos — S/2462/03 Construcciones públicas COPRISA y otros — S/0617/06 Cajas Vascas y Navarras — S/0060/08 Sintrabi — S/0192/09 Asfaltos.

Valencia: S/0202/09 Industria arrocera.

13.

Comunidades autónomas	Fecha constitución	
	Servicio	Tribunal
Cataluña	Octubre 2002	Enero 2003
Galicia	Mayo 2005	Enero 2005
Madrid	Septiembre 2005	
Valencia	Octubre 2005	Febrero 2008
Murcia (sin tribunal)	Febrero 2006	-----
País Vasco	Marzo 2006	
Castilla y León	Julio 2006	
Aragón	Julio 2006	
Extremadura	Enero 2007	
Andalucía	Marzo 2008	
Canarias (sin tribunal)	Noviembre 2008	

14. El 15 de julio de 2011 se publicó en el Diario Oficial de Castilla La Mancha el Decreto 177/2011, de 14/07/2011, de supresión de los órganos de defensa de la competencia de Castilla-La Mancha, con ello las autoridades autonómicas en funcionamiento pasan de 12 a 11.

el objeto de facilitar la aplicación uniforme del derecho de defensa de la competencia.

Por otra parte, la mayor actividad desarrollada por las distintas autoridades ha generado nuevas expectativas, concretamente en cuanto a la necesidad de una mayor coordinación entre autoridades para mejorar la eficacia y conseguir la uniformidad y coherencia de sus actuaciones, lo que ha llevado a constituir distintos grupos de trabajo *ad hoc*, en el marco del Consejo de Defensa de la Competencia, todo ello con el fin, por un lado, de facilitar la tarea de las autoridades implicadas y, por otro, de preservar y fortalecer la seguridad jurídica en la medida en que se apliquen pautas claras, transparentes y semejantes que en definitiva redundan en una mayor agilidad en los procedimientos y trámites

Con ese objetivo de máxima colaboración y coordinación se han constituido, después de acordarse en el marco del Consejo de Defensa de la Competencia del 19 de diciembre de 2008, cuatro grupos de trabajo, que aun funcionando de manera autónoma, han de dar cuenta de sus reuniones, así como someter las conclusiones, una vez consensuadas por todos sus miembros, al Pleno del Consejo para su aprobación, sin la cual carecerán de virtualidad. Estos grupos son los siguientes:

- **Grupo de Criterios de Asignación de casos en aplicación de la Ley 1/2002**, que se constituye con el doble objetivo de, por un lado, estudiar y analizar los casos ya asignados con el fin de ir fijando criterios comunes entre autoridades y facilitar la, en ocasiones complicada, tarea de establecer la competencia para conocer de los diferentes casos en posteriores asignaciones, todo ello en aras a una mayor eficacia y coordinación entre autoridades y, por otro, analizar e interpretar el procedimiento establecido en la Ley 1/2002, con el fin de consensuar aquellas cuestiones relativas al procedimiento dirigidas a agilizar el mismo y evitar que la asignación de casos se alargue innecesariamente e, incluso, que se generen conflictos, que más bien lleven a perjudicar la libre competencia del mercado más que a defenderla.

Un logro significativo de este grupo ha sido la reducción de los plazos de asignación como consecuencia de la puesta en práctica del acuerdo al que se llegó de no iniciar el proceso por la autoridad notificante hasta que esta contara con toda la información necesaria para poder determinar la autoridad competente, incluso mediante la práctica de la información reservada pertinente.

Por otro lado, en este grupo se han debatido otros temas destacados, como son el tratamiento y las consecuencias de las regulaciones autonómicas con efectos supraautonómicos y de las licitaciones públicas. Asimismo en el seno de este grupo se han alcanzado una serie de conclusiones que facilitan la coordinación diaria entre la CNC y las autoridades de

competencia autonómicas, siempre respetando el marco establecido por la Ley 2/2002 y la Ley 15/2007.

- **Grupo de trabajo de coordinación**, constituido con el objeto de alcanzar conclusiones coherentes en aquellos casos en los que una misma conducta, realizada por operadores diferentes, se repite en distintos puntos de la geografía nacional, así como sobre aquellos que suscitan dudas a alguna autoridad de competencia.

El objetivo concreto que se persigue con este grupo de trabajo es, por un lado, analizar conjuntamente los diferentes casos en instrucción y compartir la información de que se disponga y, por otro, proponer pautas y soluciones claras y comunes facilitando la actuación de las distintas autoridades lo que, en definitiva, lleva a una mayor agilidad de los procedimientos y trámites, estableciendo un sistema que dificulte la posibilidad de llevar a cabo prácticas de «forum shopping», a través del intercambio de información constante y fluido entre autoridades.

En el marco de este grupo de trabajo se han analizado, agrupados por temas, los expedientes en materia de colegios profesionales, alquiler de grúas de servicio público, Administración Pública y aplicación de la LDC, y todos aquellos expedientes en vía de procedimiento de terminación convencional.

Entre los temas que se están actualmente tratando en el seno de este grupo se encuentran algunos muy específicos, como son los convenios entre ayuntamientos y colegios de arquitectos e ingenieros, convenios colectivos, tanatorios y servicios funerarios, y otros de carácter marcadamente horizontal y más destinados a sentar los criterios homogéneos de aplicación del procedimiento común establecido por la Ley 15/2007 y el reglamento que la desarrolla. A este último grupo pertenecen materias como la vigilancia de las resoluciones y acuerdos de los órganos de competencia y la imposición de multas coercitivas por incumplimiento del deber de colaboración.

- **Grupo de actualización y mantenimiento de la Red de Cooperación de los Órganos Competentes en materia de defensa de la competencia (REC)**, constituido con el objeto de hacer de la REC la herramienta de comunicación y coordinación entre las autoridades de competencia, por lo que se configura como un espacio común en el que todas las autoridades puedan compartir toda la información que pueda considerarse relevante.

En estos tres últimos años se ha procedido a su revisión, actualización e implementación de los nuevos espacios que se han considerado necesarios por parte de las autoridades de competencia.

Se ha acordado la creación de un espacio de instrucción, teniendo en cuenta que los accesos quedarían limitados exclusivamente al personal instructor que cada autoridad designe, así como otras cuestiones con el

único objetivo de unificar criterios y facilitar la búsqueda a todos los usuarios. Se ha implementado asimismo un espacio específico para el intercambio de información en materia de promoción de la competencia.

- **Grupo de Trabajo de Promoción de la competencia**, creado con la intención de focalizar su atención en las tareas asociadas a las actuaciones de las Administraciones Públicas, muy especialmente las regulatorias, dados los importantes impactos que estas pueden tener en el ámbito de la competencia, así como para avanzar en el seguimiento de las ayudas públicas.

Entre los temas tratados destacan: las funciones de promoción atribuidas a cada autoridad autonómica, la aplicación de los principios de buena regulación en las propuestas normativas (buenas y malas prácticas en cada comunidad), el proceso de trasposición de la Directiva de Servicios en cuanto buena práctica para aplicar dichos principios, el seguimiento de las ayudas públicas (funciones en este campo, informe anual ayudas públicas, posibilidades de la REC), iniciativas llevadas a cabo en el ámbito de la contratación pública y la competencia (guías de contratación y competencia) y la comunicación de actuaciones relevantes realizadas (informes, impugnaciones...).

Inspecciones

La inspección es una herramienta en algunos casos imprescindible para obtener las pruebas de infracciones que, por su naturaleza, complejidad o por la mayor especialidad de sus autores, de otra manera sería imposible determinar.

De acuerdo con lo anterior, las autoridades de competencia son conscientes de la importancia de la colaboración en esta materia, no solo en cuanto a formación teórica sino incluso en la práctica.

Se organizan regularmente cursos de preparación para inspecciones especialmente dirigidos a funcionarios de las distintas autoridades de competencia en la sede de la CNC, con un programa similar al de los cursos que tienen lugar periódicamente para el personal de la Dirección de Investigación que acude a las inspecciones.

En estos tres años se ha implementado la colaboración de asistencia mutua entre la CNC y los órganos de instrucción de las comunidades autónomas a solicitud de cualquiera de las autoridades, estatal o autonómica. Así la CNC ha solicitado en diversas ocasiones la colaboración de la autoridad autonómica correspondiente al lugar donde iba a ser realizada la inspección. De la misma manera, varias veces ha sido solicitada a la CNC su colaboración por parte de otras autoridades de competencia autonómicas para la realización de inspecciones en su ámbito geográfico, colaboración que en todos los casos ha de calificarse como muy satisfactoria.

En este período, como viene siendo habitual desde la entrada en vigor de la Ley 1/2002, la CNC, ha continuado ofreciendo actividades formativas a los funcionarios de las autoridades de competencia de comunidades autónomas que van a llevar a cabo la función instructora en los órganos autonómicos correspondientes.

III. Legitimación activa de la CNC para impugnar actos administrativos. Aplicación práctica

La Sentencia de 15 de noviembre de 1999 del Tribunal Constitucional da a las comunidades autónomas que así lo han previsto en sus Estatutos competencias ejecutivas en relación con la defensa de la competencia.

No obstante, como establece el propio Tribunal Constitucional, el ejercicio de estas competencias debe armonizarse con la necesidad de proteger la unidad de la economía nacional y la exigencia de un mercado único que permita al Estado el desarrollo de su competencia constitucional de bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica artículo 149.1.13ª de la Constitución, todo ello en aras a respetar la igualdad de las condiciones básicas de ejercicio de la actividad económica artículos 139.1 y 149.1.1ª de la Ley Fundamental.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional ha venido a imponer al Estado el deber de articular los mecanismos de coordinación que garanticen la uniformidad de la disciplina de la competencia en todo el mercado nacional.

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, viene en aplicación de la anterior Sentencia del TC a atribuir de legitimación a la Comisión Nacional de la Competencia para intervenir en los procedimientos tramitados por los órganos autonómicos, entendiéndose esta legitimación como un instrumento de cierre para evitar diferencias en la doctrina que se siga a la hora de aplicar el ordenamiento de defensa de la competencia elemento la uniformidad en la aplicación de las normas de defensa de la competencia se erige en elemento indispensable para garantizar la unidad del mercado nacional y la igualdad de las condiciones básicas de ejercicio de la actividad económica.

- (i) Desde la entrada en vigor de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, la CNC ha acordado la impugnación en vía contencioso-administrativa de dos resoluciones dictadas por autoridades de competencia autonómicas, en concreto la Resolución de 22 de diciembre de 2010 adoptada por el Tribunal de Defensa de la Competencia de la Comunidad de Madrid en el expediente 02/2010 *Centros Sociosanitarios* y la Resolución de 10 de noviembre de 2010 adoptada por el Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía en el expediente S/11/2010 *Compañías*

Aseguradoras Córdoba. En ambos casos, como se verá a continuación, la CNC ha considerado que las autoridades que dictaron dichas resoluciones habrían realizado una interpretación errónea del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia, con las perniciosas consecuencias que, para la unidad del mercado nacional y la igualdad de las condiciones básicas de ejercicio de la actividad económica, pueden ocasionar decisiones contradictorias entre las distintas autoridades de competencia.

En concreto y por lo que respecta a los dos casos señalados:

- Resolución de 22 de diciembre de 2010 adoptada por el Tribunal de Defensa de la Competencia de la Comunidad de Madrid en el expediente 02/2010 *Centros Sociosanitarios*

En este expediente se investigaba el Convenio suscrito entre el Colegio Oficial de Farmacéuticos de Madrid (COF) y el Servicio Regional de Bienestar Social (SRBS) por el cual se establecía un sistema de turnos entre las oficinas de farmacia acogidas a dicho convenio estableciéndose así un reparto territorial del mercado dentro de cada zona básica de salud.

El Tribunal madrileño resolvió el sobreseimiento y archivo de las actuaciones y la denuncia al considerar que la conducta analizada no es constitutiva de una infracción del artículo 1 de la LDC sobre la base de que: el convenio habría sido resuelto el 30 de julio de 2010 con efectos del 31 de diciembre de 2010; se había solicitado al TDCM informe sobre las formas que permitan, de un lado, que los residentes en los centros puedan disponer de los medicamentos que deben adquirir en las correspondientes oficinas de farmacia a las cuales no pueden acudir por sí mismos ni tienen allegados que les realicen tales funciones y, de otro, el respeto a la legislación de defensa de la competencia y no se había tenido conocimiento de queja o reclamación alguna con el citado sistema de turnos.

Todos estos argumentos del TDCM, en opinión de la CNC, solo deberían haber sido aplicados, en su caso, como atenuantes de la sanción que en su caso pudiera haberse llegado a imponerse pero no para declarar la no infracción del artículo 1 de la LDC.

Lo anterior, junto con el hecho de que el convenio analizado fuera semejante al suscrito entre el servicio de Salud de Castilla la Mancha y el Consejo de Colegios de Farmacéuticos analizado y declarado prohibido en la Resolución del Consejo de la CNC de 14 de abril de 2009, llevan a la CNC a la interposición del recurso al entender que la Resolución del TDCM tiene una gran trascendencia en cuanto a mantener la unidad de mercado.

Para la CNC decisiones divergentes de las distintas autoridades de competencia en temas como este, que podrían fácilmente replicarse en distintos puntos del territorio nacional, podrían dar lugar a la correspondiente fragmentación del mercado nacional que no solo crearía inseguridad jurídica a las partes interesadas sino que atentan contra la unidad de mercado.

- Resolución de 10 de noviembre de 2010 adoptada por el Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía en el expediente S/11/2010 *Compañías aseguradoras Córdoba*.

En este caso la conducta analizada consistía en la realización de un acuerdo de fijación del precio de contratación de los servicios profesionales privados de matronas en Córdoba por parte de determinadas compañías aseguradoras.

Consejo de Defensa de la Competencia andaluz consideró en su resolución que las prácticas denunciadas no constituían infracción del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia, ni por objeto ni por efectos.

La CNC por el contrario considera que la valoración jurídica realizada por el Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía en los fundamentos de derecho de la propia Resolución no es conforme a los criterios establecidos por la jurisprudencia nacional y comunitaria y que de seguir esta se habría llegado a la conclusión de que el acuerdo analizado es un acuerdo prohibido por el artículo 1 de la LDC.

Así la CNC ha considerado necesario iniciar los trámites para su impugnación al objeto de evitar posibles divergencias entre autoridades de competencia respecto de los expedientes que pudieran abrirse, más aun tratándose de empresas de ámbito nacional, con una cuota de mercado bastante elevada y con alto riesgo de coordinación en cualquiera de los ámbitos y servicios donde coincidirían.

VI. Conclusión

La descentralización del sistema de defensa de la competencia en España es una realidad cuyo funcionamiento en la práctica ha planteado numerosos desafíos. No solamente la aplicación de la Ley 1/2002 de Coordinación de las competencias del Estado y las comunidades autónomas en materia de Defensa de la Competencia, sino además las novedades introducidas en la Ley 15/2007 de 3 de julio de Defensa de la Competencia, han llevado a la CNC y a los organismos autonómicos competentes en la materia a trabajar conjuntamente para el establecimiento de un sistema eficaz y coherente.

A lo largo de estos años y con un importante esfuerzo por parte de todos los agentes implicados, se puede concluir que el sistema está avanzando en la direc-

ción correcta establecida por el legislador, en el sentido de haberse sentado las bases para una colaboración coherente y eficaz en la gestión diaria de los expedientes. Prueba de ello es la intensa actividad desarrollada en los últimos años por los grupos de trabajo creados en el seno del Consejo de Defensa de la Competencia y los avances reales que en ellos se han conseguido.

Con todo ello, además del objetivo fundamental de garantizar una aplicación uniforme de la LDC en todo el territorio nacional, debe buscarse una racionalización en los procesos que permita a las autoridades de competencia tanto nacionales como autonómicas una mayor eficiencia que en definitiva revierta en una mejora de las condiciones de competencia en los mercados que beneficie a toda la sociedad.

CONSEJO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Comisión Ejecutiva de Estudios Económicos

La competencia es el factor esencial. La responsabilidad de algunos consumidores por haberse sentido así se deriva de los artículos 18 del Libro primero de la Ley de Defensa de la Competencia, donde se garantiza la independencia de las autoridades de competencia y se garantiza el acceso al mercado de los consumidores. El texto de la Ley de Defensa de la Competencia y los artículos que regulan la competencia en materia de competencia se han y por tanto, se aplican de forma que se garantiza la independencia de las autoridades de competencia y se garantiza el acceso al mercado de los consumidores. El texto de la Ley de Defensa de la Competencia y los artículos que regulan la competencia en materia de competencia se han y por tanto, se aplican de forma que se garantiza la independencia de las autoridades de competencia y se garantiza el acceso al mercado de los consumidores.

La competencia es el factor esencial. La responsabilidad de algunos consumidores por haberse sentido así se deriva de los artículos 18 del Libro primero de la Ley de Defensa de la Competencia, donde se garantiza la independencia de las autoridades de competencia y se garantiza el acceso al mercado de los consumidores. El texto de la Ley de Defensa de la Competencia y los artículos que regulan la competencia en materia de competencia se han y por tanto, se aplican de forma que se garantiza la independencia de las autoridades de competencia y se garantiza el acceso al mercado de los consumidores.

La competencia es el factor esencial. La responsabilidad de algunos consumidores por haberse sentido así se deriva de los artículos 18 del Libro primero de la Ley de Defensa de la Competencia, donde se garantiza la independencia de las autoridades de competencia y se garantiza el acceso al mercado de los consumidores. El texto de la Ley de Defensa de la Competencia y los artículos que regulan la competencia en materia de competencia se han y por tanto, se aplican de forma que se garantiza la independencia de las autoridades de competencia y se garantiza el acceso al mercado de los consumidores.

DEFENSA DE LA COMPETENCIA: ¿POR QUÉ Y CÓMO?

JOAQUÍN TRIGO

Director General del Instituto de Estudios Económicos

La competencia es el bien común. La expresión deriva de algunas consideraciones escritas por Adam Smith en la parte segunda del capítulo 10 del libro primero de *La riqueza de las naciones*, donde menciona la propensión de los miembros de las juntas gremiales a «concertarse contra el beneficio común». Hoy son pocos los que cuestionan la importancia de la competencia y los beneficios que reporta en forma de abaratamiento de bienes y servicios, en calidad de prestaciones, rapidez de servicio etc., y por eso se justifica tanto la prevención frente a prácticas que la reduzcan o eliminen y la sanción de quienes la distorsionan o reducen. Los pocos que la critican aluden al derroche de recursos que se dedican a una publicidad que aporta poco, al cambio de envases y envoltorios que se adaptan a la moda del momento, al dispendio para lanzar marcas que se diferencian en los colores, en los vales, los descuentos y regalos que persiguen un doble objetivo –posiblemente más dañino para el consumidor y no cuestionado–: el de fidelizar clientes y la creación de barreras de entrada a los competidores potenciales.

La crítica a la competencia se sustenta en la consideración de que la diversidad es un despilfarro que deriva de la renuncia a las economías de escala, que se obtendrían con menos productores pero con mayor producción de cada uno, siendo lo idóneo que fuera un solo fabricante, con un solo producto y sin variedades. Las ventajas asociadas a la *curva del aprendizaje* permitirían reducir el coste unitario de la producción gracias a la mayor rapidez que se obtiene, estimadas inicialmente en una reducción a la mitad de tiempo por unidad por cada vez que se dobla el volumen de la producción, en el bien entendido que la sucesivas duplicaciones se refieren a cantidades equivalentes a todo lo producido hasta el momento (Henderson, 2006). Una parte de ese ahorro sería susceptible de trasladarse a los compradores en forma de menor precio. En el fondo es una forma de aludir al monopolio protegido por la ley o gestionado por la administración pública, en línea con –o

quizá solo mera nostalgia— planeamientos de planificación parcial o total de la economía.

La *curva del aprendizaje* constata el aumento de la eficiencia que da la reiteración de actividades en términos de reducción de tiempos, descenso de errores, mejora en coordinación... También comporta mayor capacidad para negociar con proveedores, transportes y otros servicios a la vez que facilita la captación de capital y el acceso al crédito, etc., todo ello con la posibilidad de elevar márgenes a la vez que se reduce el precio de venta y se atraen clientes.

El enfoque mencionado tiene una lógica avalada por una amplia experiencia que se inicia en el análisis de la fabricación de aviones de diferentes clases, continúa en fábricas de distintos productos y se extiende a los servicios domésticos, legales y profesionales en general. Sin embargo, no debe considerarse como eje de la mejora en la producción y la oferta, ya que, junto con cualquier actividad productiva, se suceden iniciativas paralelas que cambian los productos, los materiales y los procedimientos, dando vuelcos radicales al modo de atender a las carencias y deseos de los consumidores y llevando a la destrucción creativa, destacada por Schumpeter, que afecta a materiales y productos, así como a las formas de producción y distribución. Así, un producto más que bimilenario como el pan, que se mantiene durante siglos, que llega a ser ofrecido en poco más de dos clases y tres medidas en los años cincuenta, pasa a decenas de productos elaborados con cereales distintos, solos o combinados y todos ellos presentados en varios formatos y envases que se producen en series pequeñas que reducen el impacto y la relevancia de la producción masiva, cuando parte de la oferta se hornea ante el cliente en el momento de la compra. Adicionalmente, los clientes propenden a someterse a tests de tolerancia alimentaria que pueden desaconsejar el pan de trigo o cebada, con lo que reorientan su demanda en función de las sugerencias alternativas, como el centeno, el kamut, la espelta, la avena, el maíz y otros, que suelen ser aceptada por otros familiares, con lo que se contribuye a reconfigurar este mercado.

Los cambios sociales, por más que se hayan acelerado, mantienen diferencias en el ritmo de asunción de algunas novedades, de modo que lo mencionado acerca de la diversificación de las variantes del pan contrasta, o así lo parece, con la práctica profesional de fabricantes y expendedores de pan de Granada y provincia. En concreto, el presidente de la asociación del ramo (AGRAPAN) hizo unas declaraciones que la Autoridad de Competencia andaluza consideró como recomendación verbal al colectivo que representa para subir los precios del pan fresco sin envasar. La recomendación tuvo un seguimiento mayoritario por parte de sus afiliados, por lo que la Autoridad de Competencia andaluza impuso una sanción de 18.700 euros y ordenó a la asociación que organizara, para sus afiliados y en este año, un programa formativo sobre qué deberá acreditar. Este ejemplo evidencia que el ritmo de cambio es desigual, no solo entre países, sino también en el seno de cada uno de ellos.

La actividad productiva también tiene dificultades —iniciales— para adaptarse a innovaciones que aportan acceso rápido a la información, tanto la que se recibe

como la emitida, a las implicaciones del aumento de la renta *per cápita* y del cambio en algunos valores que contribuyen a alterar las pautas de consumo, de modo que la producción ha de adecuarse a las nuevas preferencias, sea por coches pequeños o limpios o capaces de usar biocombustibles... El servicio a las nuevas demandas rompe parte del atractivo del enfoque en la curva del aprendizaje, que ahora es más rápido, más interno y anticipativo, sin que por eso deje de ser útil en cada nueva actividad, especialmente si debe compararse con la innovación en curso. En las economías planificadas, sin el acicate de la competencia, la concentración de la producción aporta resultados inferiores a los que se logran creciendo en un entorno competitivo. De ahí derivan buenas razones para defender la competencia y perseguir los intentos de desnaturalizarla.

La innovación es tanto más relevante cuanto más se orienta a la creación de mercados nuevos en los que, obviamente, hay ventajas relevantes, como la ausencia de competidores en los primeros momentos y la posibilidad de ir por delante en el aprendizaje. En sentido contrario está la dificultad de informar y dar a conocer las ventajas de la nueva oferta que, en no pocas ocasiones, requieren tiempo para superar las barreras existentes, la reticencia de usuarios y distribuidores y el esfuerzo por mantener la exclusiva de la novedad (patentes, marcas...) que, en todo caso, será duplicada a través de ingeniería inversa u otras vías que serán tanto más efectivas cuanto más fácil el acceso a los mercados y a la formalización de empresas.

La apertura de las fronteras estatales al comercio libre aporta un potente chorro de aire fresco a la competencia, si bien es cierto que la colusión se manifiesta por encima de los ámbitos estatales, como bien se ha demostrado en la Unión Europea, con las mismas, o muy parecidas, pautas que suelen evidenciarse en los países. La investigación de D. Richardson (1989) ya había demostrado que la reducción simultánea de barreras a la competencia internacional e interna da lugar a unos aumentos considerables y mutuamente reforzados en la renta real de una economía y la profundización del mercado en la Unión Europea añade evidencia adicional.

La raíz histórica de la reticencia frente a la cooperación entre empresas

Adam Smith, después de explicar el proceso de producción y crecimiento de la empresa industrial, de tratar de las innovaciones y su protección, de las mejoras en eficiencia y su importancia, expone en 1776 que «Rara vez se verán juntarse los de una misma profesión u oficio, aunque sea con motivo de diversión o de otro accidente extraordinario que no concluyan sus juntas y sus conservaciones en alguna combinación o concierto contra el beneficio común, conviniéndose en levantar los precios de sus artefactos o mercaderías. Es casi imposible impedirlo por una ley que sea exactamente obedecida, porque un rigor excesivo en prohibir que estas gentes se juntasen con cualquiera motivo sería incompatible con la justa libertad de los buenos ciudadanos.»

Sin embargo, su obra confía más en los mercados y los clientes que en las normas y la administración pública sobre la que sugiere que «que la Ley [...] a lo menos, no debe facilitar los medios de celebrarlas ni autorizarlas como útiles o necesarias» pero resalta que «No hay una disciplina más ordenada ni más eficaz para cualquier artesano que la que sobre ellos tienen, no el gremio, sino sus compradores», especialmente, dice, poco más adelante, en las ciudades libres donde la presión de la demanda obliga a mejorar la calidad de sus productos.

Es curioso que la alusión a las prácticas gremiales haya tenido más predicamento que las muchas páginas sobre la industria y la innovación, más aún considerando que en su tiempo el espíritu y la realidad gremial empezaban a decaer y con ello la posibilidad de una colusión efectiva. Los integrantes de cada gremio vivían y trabajaban en un mismo barrio, tenían las mismas herramientas y proveedores, adoptaban la misma pauta de vida profesional que se iniciaba con el aprendizaje para pasar a la condición de oficial y luego a la de maestro. La similitud de prácticas, materiales, herramientas e incluso de jornadas laborales permitía conocer las habilidades y capacidad de los otros y ello ayudaba a verificar los tratos hechos y facilitaba acciones concertadas que incluían desde algunas compras hasta los entierros y la relación con las autoridades.

Aunque a Smith se le conoce como el pionero que presentó la economía como una actividad social diferenciada y sujeta a sus propias pautas, tiene muchos predecesores que expusieron la actividad empresarial en sus propios términos, esto es resaltando la aportación de medios financieros o su recepción, la detección de oportunidades de negocio que comportan la producción-venta y cobro, la organización del proceso, la fijación de precios y la asunción del riesgo inherente a la actividad. Sobre esto habían tratado los predecesores de la escuela de Salamanca, Richard Cantillon, los fisiócratas como F. Quesnay y Anne-Robert Hacques Turgot, entre otros, cuyas aportaciones no escapaban a la formación enciclopédica de Adam Smith ni al conocimiento de su país y otros a través de viajes de estudio duraderos (Murray N. Rothbard, 1995; M. Clara C. Pérez Vila, 2007). Así, sin llegar a las sutilezas de un R. Coase, era consciente de los costes impuestos por los mercados y de que la empresa, con capacidad de sobrevivir por periodos prolongados, era capaz de ganar en eficiencia si aprovechaba debidamente el aprendizaje y la división del trabajo. Por ello, cuando trata de los gremios, donde cada maestro limitaba su propio crecimiento, se refiere exclusivamente a ellos y no a la actividad productiva en general.

En el mundo industrial la presión de los compradores se junta con la posibilidad de atenderles sin conocimiento de los competidores. Las presiones de la novedad y la moda pueden llevar a actitudes seguidistas que permiten una gran producción, pero por poco tiempo, esto es, mientras dura la moda, lo que permite a los creadores lanzar con rapidez nuevas versiones pero apenas con tiempo justo para que consigan grandes ventas, y la casi certeza de que una parte deberá saldarse. La variante opuesta se apoya en el snobismo que insta al cambio, pero siempre que se base en la diferencia, en lo exclusivo, de modo que un nuevo producto que

se hace popular es rechazado por el esnob. El efecto Veblen, bautizado como el consumo conspicuo, se aplica a conductas de compra de productos caros, elegidos precisamente por su precio, elevado y perceptible, que pocos consumidores pueden permitirse pero que, precisamente por su coste es accesible a una estrecha franja de los consumidores (Leibenstein, 1950, 1971). Estos efectos alteran reiteradamente las preferencias de los consumidores, obligan a cambiar los productos, dificultan la creación de acuerdos entre productores y eliminan la motivación que los crea.

Incluso cuando varios productores han acordado unos precios o cantidades a producir es difícil la verificación de conductas y el mantenimiento de lo pactado. Un producto puede facturarse de acuerdo con el precio que exija cualquier pacto, pero después se puede enviar un mayor número de unidades, o que estas sean de mejor calidad, puede asumirse o rebajarse el coste de los portes o bien se amplía el plazo de pago sin imponer recargos. Por otra parte, la apertura comercial de los países aumenta la oferta, que puede aparecer en cualquier momento y procedente de cualquier parte, lo que hace mucho más complicado el proceso negociador y la supervisión de los demás, de modo que un acuerdo en este marco no dura mucho tiempo, a menos que se trate de una colusión de países que dominen uno u otro mercado y sepan capear las dificultades específicas propias de esos intentos.

Los acuerdos interempresariales suelen tener vida efímera por muchos motivos, entre los que está la vocación que tienen todos de sobresalir frente a los demás, para aumentar sus ganancias y el conocimiento de los consumidores y/o de los distribuidores y consumidores. Con este fin buscan mejoras en las materias primas, en los procesos de producción, en la innovación continua y la radical, tratan de absorber a los competidores y recurren a todo tipo de tácticas, que incluyen integraciones parciales de proveedores (Barrie, 1987) y nuevas estrategias (Stalk, Burnett *et al.*, 2004).

Tras lo expuesto queda evidenciar en el doble ámbito de la realidad y la consideración teórica. R. D. Blair y David L. Kaserman (1985) lo tratan en el caso de la fijación horizontal de precios y en otras formas de colusión. En el primer supuesto deslindan entre el comportamiento a corto plazo y el del largo plazo. A corto plazo y en condiciones ideales un cártel puede conseguir resultados cercanos a los del monopolio. A largo plazo, sin embargo, las trampas, los incumplimientos y la aparición de nuevos competidores deterioran la estabilidad del cártel, lo que se suma a las complicaciones derivadas de la diferencia de costes entre los partícipes del acuerdo. Adicionalmente, añaden que esta actividad suele asociarse a la producción de productos muy cercanos, con una demanda relativamente poco elástica, muchos compradores y pocos productores, lo que no significa que eso genere la colusión, sino que solo la facilita.

En el largo plazo, en primer lugar, la contundencia de la ley, con su efecto disuasorio y su cumplimiento, elimina las variantes más efectivas de comportamiento colusivo y la actuación favorable al cumplimiento de la ley hace que se reduzcan los márgenes entre precios y costes.

El hecho de que la fijación de precios derive en una redistribución de recursos desde los consumidores hasta los productores se ve como un delito grave, no solo por la cuantía de las multas impuestas a quien lo hace, sino por la pésima imagen social que dan los partícipes y su actitud frente a los compradores-distribuidores y sus clientes que se ve penalizados por igual.

Blair y Kaserman mencionan condiciones muy estrechas para que se produzcan estos cárteles. Desde el momento de su estudio ha transcurrido un cuarto de siglo y las condiciones que exponen son más raras, especialmente porque se ha acelerado el ritmo de la innovación, han cambiado significativamente los canales de compra –por ejemplo, la compra por correo y, especialmente, la compra por Internet– y, aún así, y precisamente en productos indistinguibles, pueden llevar a precios similares aún con la exigencia de informar de precios impuesta por la Ley. Así, los surtidores de gasolina tienen precios casi iguales porque la naturaleza y el precio de la materia prima son los mismos y no están bajo su control. Las prácticas legales de dar tarjetas propias, regalos etc., actúan, para particulares y profesionales del transporte, como un reductor real de precios que, por otra parte, están afectados por los tributos con que se gravan, por la colocación de las estaciones distribuidoras y otros factores, entre ellos la oportunidad que ha aportado Internet.

Las oportunidades que ofrece la red para aportar innovaciones no guardan comparación con las pautas del pasado. Es obvio que a través de la red digital se recibe mucha correspondencia irrelevante e indeseada, pero también es una fuente de ideas, comentarios y sugerencias valiosas que permiten multiplicar la potencia de los laboratorios de las empresas, tal como constataba en su especial *The Economist* en 2000 señalando el aumento de producción y la reducción de precios. Esa evidencia ha generado una amplia literatura que incluye entre muchos otros a H. Rheingold (2002), D. Tapscott y A. D. Williams (2006) y G. Hamel y B. Breen (2007), que describen las aportaciones espontáneas y valiosas, precedentes de personas desconocidas interesadas en los esfuerzos en curso expuestos por las empresas en sus webs.

La apertura de las empresas ante sugerencias de terceros ha evidenciado que su aportación aporta vías de avance, reducción de tiempos, posibilidades de uso y mejora que no habían sido imaginadas. Aunque esta vía se centra en áreas pioneras, también está presente en ámbitos tradicionales como, por ejemplo, la alimentación y la ropa. Las ideas no se convierten en innovaciones útiles simplemente por haberse conseguido, se requieren pruebas y validaciones que exigen tiempo, asunción de costes y paciencia antes de materializarse en productos o servicios que cambien la configuración del mercado, por lo que, según E. Segarra (2010), esperar que una muchedumbre exterior venga a resolver los problemas de la innovación es ridículo. Por el contrario, las ideas de los empleados están cerca de la producción y son más propensas a aportar cambios beneficiosos, como hace la plantilla de Toyota en Japón, donde los 60.000 empleados aportan al año unas 740.000 ideas de las que se aceptan un 99 %. Si se crea un entorno adecuado, con confianza en las personas, receptividad a sus sugerencias e incentivos apropiados –que no siem-

pre han de ser monetarios— es factible generar un proceso de mejora continua que fortalezca la cadena del valor de la empresa. A este respecto, en lo tocante a la disposición de los trabajadores a asumir esa aportación, J. S. Nye (2008) dice que «La mayoría de los trabajadores de las sociedades postindustriales son gestores del conocimiento y responden a incentivos y llamamientos políticos muy distintos a los que movían a los obreros industriales del siglo pasado».

La defensa de la competencia entre el ardor y la indiferencia.

La magnitud de la obra de Adam Smith suele oscurecer las partes menos afortunadas de su obra, especialmente la doctrina que hace derivar el precio de una mercancía del coste en que se ha incurrido para fabricarla. Es cierto que el productor espera recuperar el coste en que ha incurrido para producir algo, añadiendo un margen adicional, que es lo que motiva su actuación. Sin embargo, es obvio que hay ocasiones en que la demanda no se preocupa del esfuerzo del productor ni del dispendio realizado y el producto se salda con pérdida, mientras que, en situaciones opuestas, hay mercancía de bajo coste de producción que se venden con un alto margen. Estas situaciones disonantes son habituales en el lanzamiento de un producto, que puede dar lugar a una alta ganancia o ser un fiasco. Pasado el primer momento, si el producto ha encontrado su mercado aparecen imitadores que, con mejor o peor fortuna, buscan su cuota en el nuevo mercado que crece con su aportación y el aumento de la oferta del pionero, lo que, paulatinamente, da lugar a un ajuste que deja el margen de beneficio por debajo de la posición inicial, aunque el producto sea mejor que las primeras versiones.

Es obvio que sin expectativa de ganancias no hay oferta, pero la expectativa no garantiza el beneficio ni siquiera la primera aportación. Adam Smith pensaba para la autoridad, como el profesor y el oficial de aduanas que fue y como mentor de los hijos de la nobleza. De ahí deriva su interpretación parcial de la reunión de los productores, que efectivamente concluye con una apelación a un aumento de precios, que solo es viable con seguridad en el ambiente cerrado de los gremios donde todos conocen lo que hacen los demás. En el entorno actual el acuerdo acabaría con llamadas telefónicas apresuradas de parte de todos los asistentes a su sede social para informar del modo en que se podría mejorar la oferta propia con el fin de aumentar la cuota de mercado de cada empresa. Llegar a esta conclusión es algo casi obligado, ya que la reunión persigue el beneficio de los coaligados a costa del de sus clientes, que aportan los recursos de los que viven los coaligados.

Los cárteles tienen en su seno elementos autodestructores, pues si los coaligados tratan tan mal a sus clientes, con esa lógica deberían tratar aún peor a sus competidores. Si no lo hacen es porque hay una compensación, pero el cambio de alguna circunstancia puede mejorar la apuesta realizada. Por ejemplo, un nuevo director puede cambiar las cosas de un día para otro simplemente porque cree que su función estriba en ganar a los clientes en buena lid o considera que los competidores

agrupados hacen daño a los clientes y, por lo tanto, está bien delatarlos porque las multas les debilitarán financieramente y la publicidad del hecho le aportará parte de su clientela. En muchas ocasiones, los acuerdos los hacen algunos *rogue* empleados, que actúan por su cuenta sin aval ni respaldo de sus directores. En otros casos, un empleado vinculado al acuerdo de colusión en vigor y a punto de retirarse puede usar la amenaza de delación para negociar mejor la pensión por retiro, lo que induce a la empresa bajo presión a preparar rápidamente la documentación y adelantarse recurriendo a la petición de clemencia a cambio de aportar la Autoridad de Competencia la información necesaria.

Las instituciones de defensa del mercado actúan e informan ampliamente. En la Comisión Europea, la Dirección General de Competencia, en sus informes, a título de ejemplo el «La política de competencia de la Unión Europea», XXXI Informe sobre la política de competencia 2001, presentado en 2002, recoge la nueva normativa con su aplicación y la evolución de la competencia por sectores, el control de las operaciones de concentración, las ayudas estatales, los servicios de interés general, las actividades internacionales, la cooperación bilateral y las perspectivas para el año siguiente. Estas instituciones son muy parecidas en los países con economías de mercado y, sin embargo, economistas implicados en la defensa de los mercados y la competencia son precisamente quienes cuestionan algunas orientaciones y prácticas usuales de las mismas.

Una de las críticas aparece en la revista *The Economist* del 20 de febrero de 2010. Se inicia comentando que Joaquín Almunia dejó su puesto como *commissioner* de asuntos monetarios, donde tenía poco margen para sancionar a países negligentes en el ámbito fiscal, mientras que en su nuevo puesto como *commissioner* de competencia de la Unión Europea podría tener el problema opuesto, un exceso de poder por cuanto ostenta el poder de bloquear fusiones, el de obligar a empresas a vender activos o imponer elevadas multas a las empresas que trastoquen la lealtad competitiva. Para ello cuenta con lo que los abogados consideran una concentración de competencias en su área de actuación que le permite actuar como fiscal, juez y jurado. Dada la cuantía de las multas que pueden imponer los afectados consideran que sería conveniente que hubieran salvaguardas para encarar los pagos que podrían afectarles como, por ejemplo 1,06 mil millones euros a Intel por rebajar los royaltys de sus chips para frenar a su rival AMD. Así, en los Estados Unidos, los litigantes confiesan que las denuncias *antitrust* han llegado a convertirse en una nueva arma en la batalla por los mercados.

En los casos concretos es difícil establecer los hechos de modo que un descuento, que beneficia al comprador, puede ser un hándicap para un competidor que pierde cuota de mercado. Otra dificultad estriba en que, aún teniendo una defensa convincente, el equipo que incoa el expediente mantiene su posición. El *commissioner*, que puede decidir los casos, no siempre está en las comparencias, no hay una verificación cruzada de las evidencias y tampoco hay un árbitro que juzgue los méritos de las distintas posturas. Aún más, las empresas implicadas en un cártel pueden implicar a otras competidoras inocentes que, en su momento, podrían no

ser capaces de ofrecer una adecuada defensa. Además, tanto estas como las implicadas, a consecuencia de las abultadas multas, podrían salir tan debilitadas que su capacidad competitiva se deteriorara significativamente, reduciéndose así la competencia.

Bajo el título «Brussels' Antitrust Revolution», en el *The Wall Street Journal* del 4 de agosto de 2010, Frank L. Fine consideraba que los cambios mencionados podrían criminalizar una serie de consultas que, en ese momento, eran legales, en concreto información sobre precios futuros que, a menos que se ofrezca a todos, incluyendo consumidores, podría ser considerada ilegal. Incluso si la información sobre ventas se difunde ampliamente, si la industria en cuestión está concentrada, podría facilitar el conocimiento de las ventas de los productores rivales.

Más duro y claro que los anteriores es el alegato de D. T. Armentano (1990), para quien el sistema de defensa de la competencia, pensado para proteger la competencia e incrementar el bienestar de los consumidores, ha llevado a lo contrario, a la reducción de la competencia y de la productividad asociada a los procesos del libre mercado. La causa está, en su análisis, en que la regulación *antitrust* siempre se ha apoyado en modelos estáticos de competencia perfecta y monopolio que, en el ámbito de defensa de la competencia, son desorientadores. Así, a menos que la economía académica y los funcionarios a cargo de que se cumplan las normas de competencia adopten claramente un enfoque competitivo —y reconozcan que la fuerza del monopolio deriva de la intervención gubernamental y no del libre mercado—, la política *antitrust* no habrá sido aplicada debidamente. Hasta ahora la preocupación legal no es el monopolio ni la mala asignación de recursos, sino un claro intento de frenar la rivalidad competitiva derivada de las empresas más eficientes. Para Armentano, la debilidad de la crítica no va contra los principios del *antitrust*, sino solo contra la práctica y así no la reconforma para hacerla más eficiente.

Enfoques próximos al de Armentano pueden encontrarse en F. Sautet (2007) o en Jordi Gual (2007), que analiza el impacto de las fusiones. Gual considera que en los casos de fusiones, incluso si los efectos unilaterales llevasen a un aumento de las medidas convencionales de comportamiento anticompetitivo, no está claro que eso implique una menor competitividad para la mayor parte de las industrias más relevantes de las economías avanzadas de la actualidad, pues tendrían economías de escala que permitirían bajar precios y mejorar resultados.

Para ubicar las posiciones de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia española, y así poder situar las críticas, puede partirse de algunas resoluciones y actividades del periodo enero-agosto de 2011: «Expediente contra E.O por prácticas abusivas en relación con sus contratos de prestación de servicios... La CNC aceptó los compromisos ofrecidos por la inspeccionada y decidió no sancionar a la empresa.» La CNC publica una Nueva Guía de Contratación Pública y Competencia para asesorar a las entidades públicas acerca de restricciones a la competencia injustificadas que pudiere haber en los concursos y licitaciones públicas y que ya habían sido sancionadas por la CNC. «En el ámbito alimentario el

Consejo de la CNC aprobó su informe sobre el Proyecto de RD de contratación en el sector lácteo. Cuestiona en la DO V presuntas conductas de recomendación y/o pacto de fijación del precio de la uva...» La CNC estudia la Ley de Economía Sostenible en lo concerniente a los contratos de Agencia respecto a los contratos de distribución de vehículos automóviles e industriales concluyendo que restringe de forma injustificada y desproporcionada la libertad de empresa, la autonomía de la voluntad de las partes y la competencia en el mercado, lo que perjudica a los compradores. «La CNC sanciona con 900.000 euros a la A. N. P y CP por intercambio de información entre sus miembros y a la misma asociación y fabricantes de productos profesionales por la misma causa e importe de 51 millones de euros». «La CNC multa a seis compañías eléctricas y su asociación (61,2 millones de euros) por: a) dificultar a sus clientes el cambio de proveedor, lo ya había dado lugar a multas previas en 2009, y b) por la implicación de las partes en intentos de fijación de precios». «La CNC sanciona a 19 fabricantes de bombas de fluidos por acordar en su asociación condiciones de venta comunes e intercambio de precios».

Para las empresas que pudieran estar afectadas en el futuro el riesgo proviene de las colusiones para fijar precios, áreas y cuotas de mercado, de las fusiones que puedan propiciar un mayor poder de mercado con riesgo de abuso de ese poder y del monopolio. Para esto están la CNC y la CE, así como una amplia historia. Las dudas están en otros ámbitos. Uno de estos es la cuantía de una sanción (seis empresas aseguradoras fueron sancionadas con 120,7 millones de euros por fijar precios mínimos en el seguro adicional de daños a la edificación) que podría repetirse, pues desde la aprobación de la Ley 15/2007, con la aprobación del Reglamento de la Ley de Defensa Competencia (LDC), aprobado por el Real Decreto 261/2008, de 28 febrero 2008, se añade el riesgo de exceso de celo en casos de clemencia donde el delator tiene presunción de veracidad.

La regulación en vigor une las funciones de instrucción y sanción que antes estaban separadas, correspondiendo al servicio la tarea de investigación, mientras que el Tribunal debía supervisar el procedimiento y la fijación de la cuantía de las sanciones. En cambio, para T. Gui Mori 2011 los conceptos de conductas prohibidas y el abuso de posición dominante, aún con la referencia a ciertos casos ejemplificadores, son imprecisos. La relevancia acordada al procedimiento de denuncia-clemencia da más peso a la delación que a la defensa de los denunciados, especialmente cuando los primeros están organizados, porque su posición es prácticamente indestructible. Las sanciones se imponen con una motivación discutible y cuantías altísimas... La configuración de las normas debería estar bajo el paraguas de la constitución y los organismos actuantes adecuarse a las pautas de una administración democrática en donde el legislador, el juez y la administración estuvieran cada uno en su función y tras unos mismos fines.

Por otra parte, en un mundo abierto, la dimensión de una empresa deja de tener la relevancia que le correspondía en una economía cerrada, protegida por aranceles y normas *ad hoc*, por lo que las empresas tienen más competencia y, a la vez, más oportunidades de expandir sus mercados, para lo que muchas veces ayuda

la cooperación entre empresas, especialmente entre las medianas y pequeñas que carecen de la masa crítica necesaria para actuar en grandes licitaciones, o mantenerse en un país desconocido durante el tiempo necesario para asentarse. Para superar estas deficiencias sirve la colaboración, de la que Alfred Marshall decía que «puede conseguir los mismos logros que la competencia». Así las uniones que son indeseadas en licitaciones públicas pueden ser la pauta para otras actividades afines. Por ejemplo, una empresa logra un pedido cuya cuantía excede su capacidad de producción, puede comprar a otros competidores informándoles del destino, calidades, precios, etc., y así cumplir con el cliente y tener opción a nuevas operaciones. En otro caso pueden formar una central de compras, por ejemplo de energía, o crear un centro de formación de trabajadores, lo que les daría una posición más ventajosa que a quien fuere aisladamente (J. B. Lewis, 1993; J. Trigo y A. Drudis, 1999).

En las alianzas públicas entre empresas estos casos podrían entrar en colisión con el esfuerzo de un Ministerio de agricultura o de industria que promueve estas actividades con la postura de la CNC y agravarse con lo expuesto en el párrafo anterior. Puede considerarse el caso real de un cluster de fabricantes de grandes productos metálicos, con cuatro empresas del mismo pueblo y más de un siglo de trabajo continuo. La autoridad de la comunidad autónoma dedica tiempo a que actúen conjuntamente. Finalmente logra que tres de ellas se unan para hacer una oferta en una licitación extranjera a la que también acude la cuarta. El grupo gana y... ¿Qué pasa si el que va solo denuncia esa... *colusión? What's next?*

El juez Posner (1976), en su libro *Antitrust Law. An Economic Perspective*, concluye, tras varias sugerencias para reformar la doctrina *antitrust*, que aunque se adoptaran las medidas que sugiere la política *antitrust* seguiría siendo insatisfactoria, pues no basta con eso, sino que también se requieren mecanismos de cumplimiento que aseguren, a un coste razonable, un grado adecuado de cumplimiento de las leyes de defensa de la competencia. El objetivo de esas leyes es la promoción de la de la eficiencia. Ejemplifica que una fusión que da como resultado un monopolio que impone costes de un millón de dólares, pero que como resultado de los menores costes derivados de la nueva organización monopolista aporta dos millones de dólares debe ser permitido, pero la operación resultará ser impedida si la penalización está muy por encima de las ganancias que aporta la fusión. Ha habido muchos cambios desde entonces y también aprendizaje.

Amadeo Petitbó, en el año 2000, explicó los avances conseguidos en España desde el inicio de una política de defensa de la competencia, especialmente con la Ley 16/1989, de 17 de julio, el Real Decreto Ley 6/1999 y la Ley 52/1999, de 18 de diciembre, de reforma de la 1989, que permitieron al Tribunal de Defensa de la Competencia liberalizar actividades —desde la apertura del mercado de la electricidad a la competencia hasta los horarios de las farmacias. Persiguió con éxito los cárteles denunciados, las prácticas de boicot y las conductas abusivas. Difundió la importancia de la competencia, sus ventajas y el daño de no tomarla en consideración. Dejaba la nueva ley que se presentaría al Congreso

el 1 de octubre de 2000. Fue una ejecutoria notable que abrió puertas a más actividad y precisión. Tras eso hubo otra ley, y habrá más porque el mercado cambia y con él también lo hacen las posibilidades de hacer cosas para el bien común o para la transgresión.

Bibliografía

- ARMENTANO, D. T. 1990. *Antitrust and Monopoly*. Ed. The Independent Institute, segunda edición.
- BARRIE G. 1987. *Juegos de guerra en el mundo de los negocio*. Ed. Plaza Janés Barcelona.
- BLAIR ROGER D.; KASERMAN, D. L. 1985. *Antitrust Economics*. Ed. Richard D. Irwin, INC, Homewood Illinois.
- GUAL, J. «Time to Rethink Merger Policy», publicado en *Competition Policy International*, vol. 3, nº 1.
- GUI MORI, T. 2011. «Las empresas y la defensa de la competencia. Las actuaciones de la Comisión Nacional de la Competencia con base en la nueva Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia» en «Entorno Legislativo de la Empresa. Una Visión Crítica» VV. AA. Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Foment del Treball & CTECS Consell de Treball Econòmic i Social de Catalunya.
- DIRECCIÓN GENERAL DE COMPETENCIA, Comisión Europea. 2002. «La política de competencia de la Unión Europea» Ed. Comunidades Europeas.
- THE ECONOMIST. 2010. «Antitrust in the European Union. Unchained watchdog». 20 de febrero.
- FINE, F. L. 2010. «Brussels' Antitrust Revolution». *The Wall Street Journal*, 4 de agosto.
- HAMEL, G.; BREEN, N. 2008. *El futuro del management*. Ed. Paidós Ibérica. Barcelona.
- HENDERSON, B. D. 1973, 1974, 1980. «The Experience Curve Reviewed», en «On Strategy», Ed. C. W. Stern & M. S. Deimler, Ed. Boston Consulting Group 2006.
- LEIBENSTEIN, H. 1948. «Los efectos de la imitación, el snobismo y de Veblen en la teoría de la demanda del consumidor individual», en «The Quarterly Journal of economics». Reimpreso en W. Breit & H. M. Hochman (1971) Ed. Interamericana, Méjico 1973.
- LEWIS, J. B. 1990. *Alianzas estratégicas. ¿Cómo crearlas desarrollarlas y administrarlas para beneficio mutuo?* Ed. J. Vergara Editor S.A., Argentina.
- MATHEWSON F.; TREBILCOCK, M.; WALKER, M. 1990. *The Law and Economics of Competition Policy*. Ed. The Fraser Institute Vancouver.
- NYE, J. S. 2008. *Las cualidades del líder*. Ed. Paidós, Barcelona.
- PÉREZ VILA, M. C. 2007. *La figura empresarial en el pensamiento económico. Una aproximación histórica*. Ed. Unión Editorial Madrid.

- POSNER, R. A. 1976. *Antitrust Law. An Economic Perspective*. Ed. The University of Chicago Press, Chicago.
- PETITBO JUAN, A. 2000. *La defensa de la competencia en la época de Internet*. Ed. Prospectia, Madrid.
- RHEINGOLD, H. 2004. *Smart Mobs. The Next Social Revolution*, en castellano *Multitudes inteligentes*. Ed. Gedisa.
- RICHARDSON D. 1989. «Panorama de la investigación empírica sobre liberalización del comercio en competencia imperfecta». Revista de Economía ICE semana 16-22 de octubre.
- ROTHBARD, M. N. 1995 «Historia del Pensamiento Económico» V. I, *El pensamiento económico hasta Adam Smith*. Ed. Unión Editorial.
- SAUTET, F. 2007. «The shaky foundations of competition law», *New Zealand Law Journal*.
- SEGARRA, E. 2010 «¿De dónde proceden las ideas?: las fuentes de la innovación en la empresa» *Harvard Deusto Business Review*, febrero.
- SMITH, A. 1776. *Investigación de la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones* Ed. Bosch, Barcelona 1956.
- STALK, G. S. J.; BURNETT, B. *et al.* 2004. *Harvard Business Review. Estrategias de crecimiento*. Ed. Deusto, Barcelona.
- TAPSCOTT, D.; WILLIAMS, A. D. 2006. *Wikinomics. La nueva economía de las multitudes inteligentes*. Ed. Paidós Ibérica, S. A., Barcelona.
- TRIGO, J. C.; DRUDIS A. 1999. *Las claves y la práctica de la cooperación entre empresas*. Ed. Gestión 2000, Barcelona.

UNA REVISIÓN CRÍTICA DE LAS MEDIDAS COMUNITARIAS PARA HACER FRENTE A LA CRISIS ECONÓMICA Y FINANCIERA EN UN MERCADO GLOBAL¹

JOSÉ ANTONIO RODRÍGUEZ MIGUEZ²

1. Consideraciones preliminares

Si a comienzos de 2007,³ cuando algunas entidades financieras empezaron a sufrir problemas de liquidez nos hubieran indicado que esos problemas puntuales acabarían llevando consigo la reordenación del sistema financiero mundial⁴ y que incluso

1. Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación del «Plan Nacional de I+D+i» DER2008-04791/JURI – Nuevos instrumentos de protección de la competencia y de los consumidores, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación y el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER).
2. Doctor en Derecho, miembro del Instituto de Derecho Industrial de la Universidad de Santiago de Compostela (IDIUS). Secretario general del Consello Galego da Competencia y profesor asociado del Área de Derecho Mercantil de la Universidad de A Coruña. Las opiniones expresadas en el presente artículo son personales del autor y, por lo tanto, de su exclusiva responsabilidad.
3. En una reciente conferencia del presidente del Banco Popular en Santiago de Compostela mencionaba a la entidad New Century Financial Corporation, que a 1 de enero de 2007 era la segunda compañía prestadora de créditos hipotecarios en Estados Unidos, como la primera entidad especializada en hipotecas *subprime* que había presentado los problemas que desencadenarían, a partir de su entrada voluntaria en el procedimiento para declararse en quiebra, el 2 de abril de 2007, la actual crisis (o al menos, la espoleta que iniciaría el proceso), en una suerte de «efecto mariposa», que realmente devendría en el *Chaos* en el que estamos inmersos. Como es lógico, cada país presenta sus propios problemas, por lo general, de naturaleza estructural, que son los desencadenantes de que la crisis afecte incluso a la propia estructura del Estado. España, obviamente, no es una excepción a este proceso y sus causas aun esperan por ser serenamente analizadas como paso previo para su efectiva y duradera solución.
4. En el caso concreto de España, la crisis ha impulsado la siempre pendiente reforma de las cajas de ahorros, venerables instituciones financieras cuya peculiar estructura y régimen de funcionamiento exigía su reforma, para corregir los problemas derivados, en gran medida, de las interferencias políticas, la captura por unos gestores no siempre profesionales y que no tenían accionistas ante quienes responder de manera efectiva. La pena es que este proceso fuera impuesto por la necesidad y no fruto de una valoración objetiva y serena, como correspondía a su peso real en el sistema financiero español. No debemos olvidar que el Real Decreto-ley 2/2011, de 18 de febrero, para el reforzamiento del sistema financiero (BOE nº 43, de 19 de febrero de 2011) ha sido recurrido ante el Tribunal Constitucional por la Xunta de Galicia y ante el Tribunal Supremo por la Confederación Intersindical de Cajas (CIC). Acerca del proceso de reestructuración de estas entidades, vid. BANCO DE ESPAÑA: «Nota sobre el proceso de reestructuración de las cajas de ahorros. Situación a julio de 2011», de 13 de julio de 2011, disponible en: http://www.bde.es/webbde/es/secciones/prensa/info_interes/notareformacajas130711.pdf

algunos Estados, incluso de la Unión Europea, tendrían que ser prácticamente intervenidos, con el concurso del Fondo Monetario Internacional (FMI), o que incluso los propios Estados Unidos de América se aproximarían a la suspensión de pagos,⁵ nos habríamos cuestionado si nuestro interlocutor atravesaba por algún problema mental o si el mundo se había vuelto del revés.

Lo cierto es que se creó un clima de desconfianza, que como acertadamente resume Ruiz Peris,⁶ tuvo como consecuencia inmediata el desplome del volumen de operaciones en el mercado de crédito interbancario y la privación de la necesaria liquidez para la generalidad de las instituciones financieras que se trasladó inmediatamente en falta de crédito a la economía real.

Pero ese panorama, que ya tuvimos ocasión de analizar con detalle desde la perspectiva de las ayudas estatales,⁷ se ha complicado todavía más con la crisis de la deuda soberana, es decir, que son ya los Estados los que experimentan problemas de liquidez y/o solvencia —en gran medida por las dudas de los mercados sobre los ajustes que se han comprometido a realizar— que pretenden remediar accediendo también a los mercados en busca de un crédito que se vende muy caro, exponencialmente caro. Con ello, el proceso se retroalimenta y el crédito se diluye entre una demanda cada vez mayor, ante los incrédulos ojos de quienes al frente de empresas, principalmente no financieras,⁸ lo que llamaríamos de la Economía real, que ven como sus proyectos tienen que ser frenados y, en muchos casos, la supervivencia de sus empresas pelagra, por falta del imprescindible crédito, incluso para circulante.

Sin embargo, esta es la situación presente, llena de incertidumbres, desconfianza y en muchos casos desesperación,⁹ a pesar de los diversos y controvertidos tests de estrés realizados en el caso de la banca y de los esfuerzos de las autoridades

5. La solución pactada *in extremis* en el Congreso de Estados Unidos ha supuesto, sin embargo, la rebaja de la calificación de la deuda soberana por parte de Standard & Poor's (S&P), a mediados de agosto, pasando de la AAA, a la calificación de AA+, lo que supuso un serio revés en las cotizaciones bursátiles mundiales.
6. RUIZ PERIS, J. I., «Ayudas Públicas y Entidades Financieras», en GONZÁLEZ CASTILLA, F.; MARIMÓN DURÁ, R. (Coords.) 2010. *Estudios de derecho del mercado financiero: homenaje al profesor Vicente Cuñat Edo*, Universidad de Valencia, Valencia, pp. 785 a 806, en concreto, p. 785.
7. Cfr. RODRÍGUEZ MIGUEZ, J. A. 2010. «Rescate de entidades financieras y ayudas estatales. Una necesaria relectura del caso *Credit Lyonnais* a la luz de la actual crisis mundial», en *RDBB*, nº 117, Lex Nova, enero-marzo, pp. 161 a 190 y posteriormente, algo más ampliado, «Rescue of Financial Institutions: An Overview of European Commission Frameworks and Practice on State Aids to Financial Sector in the Current Global Crisis», en *SSRN* [<http://ssrn.com/abstract=1615324>], May 25, 2010.
8. No debemos olvidar que las necesidades de fortalecimiento de recursos propios de las entidades financieras las hacen a ellas también demandantes de capital en los mercados y más restrictivas en la concesión de créditos, precisamente para sostener su solvencia.
9. En uno de los primeros trabajos académicos publicados en España sobre la crisis, el profesor Torrero, que une a su formación académica una gran experiencia práctica en el sector financiero, reconocía, con la humildad propia de los que realmente conocen un tema, todavía en 2008, que «Cuando intentamos conocer un fenómeno tan complejo como la crisis financiera actual, la primera palabra que surge es *modestia*. Modestia respecto del alcance de los conocimientos que tenemos los economistas para entender lo que está sucediendo; no digamos para averiguar lo que pueda acontecer» (TORRERO, MAÑAS, A. 2008. *La crisis financiera internacional y económica española*, Ediciones Encuentro, p. 9).

comunitarias y de las intervenciones del Banco Central Europeo,¹⁰ generándose de nuevo una suerte de círculo diabólico al que no parece que exista posibilidad real de poner freno, al menos a corto plazo, en un panorama económico cambiante, casi de día en día, aunque no se oculte un cierto aire de *déjà vu*, que incrementa la confusión.¹¹

En este complejísimo contexto, en el que la propia implantación del Euro es objeto de cuestión, vamos a limitar nuestro examen a las ayudas estatales y el papel que han jugado y están llamadas a desempeñar todavía no solo en el proceso de reestructuración del sector financiero,¹² sino también respecto de la recuperación económica en su conjunto.

Así, y aunque es prematuro hacer el balance final, para el que todavía tendremos que esperar, es posible ya realizar una revisión crítica de la metodología seguida hasta ahora y de los resultados obtenidos.¹³ A este respecto, y todavía desde una perspectiva general, resulta curiosa la evolución que desde el conocido principio «*Too big to fail*»,¹⁴ que servía como paradigma al comenzar la crisis

10. En el último informe elaborado por la Comisión, cuyos datos se hicieron públicos el 15 de julio de 2011, no deja de resultar sintomática la diferencia de valoración efectuada por los Estados, las instituciones y los mercados.
11. La prensa económica de estos últimos dos años se ha visto repleta de comentarios, a menudo contradictorios, sobre los diversos sucesos que jalonan este calvario de nuestra sociedad del bienestar. Aunque haremos referencia a alguno de ellos, sin duda, la columna semanal que publica Juan Pedro Marín Arrese, en el diario *Expansión*, resultará una crónica brillante, sincera y crítica, de unos acontecimientos que desbordan a menudo la imaginación.
12. La intervención pública en los procesos de reestructuración de empresas no es una cuestión pacífica. La Comisión encargó en 2009 un estudio al respecto: OXERA, *Should aid be granted to firms in difficulty? A study on counterfactual scenarios to restructuring state aid* (prepared for the European Commission) December 2010 (<http://www.oxera.com/main.aspx?id=8790>). Obviamente, existen argumentos en contra de la conveniencia económica de los rescates bancarios. A este respecto, vid. RODRÍGUEZ BRAUN, C.; RAMÓN RALLO, J. 2009. *Una crisis y cinco errores*, LID. Estos autores hacen un repaso de las diversas modalidades de medidas de rescate adoptadas por los diferentes países, distinguiendo entre el modelo irlandés, que garantizaba los depósitos, el estadounidense y español, que supuso la adquisición de parte de los activos bancarios para recapitalizar las entidades y el modelo británico que suponía la entrada en el capital de las entidades para adquirir su control, considerando finalmente el caso sueco como una fórmula mixta del norteamericano español y el británico. Estos autores son críticos con todos los modelos referidos, inclinándose por la posibilidad de que los acreedores a largo plazo transforman sus créditos en capital al objeto de que la recuperación de la entidad les permitiera recuperar su capital. Como es obvio, esta formulación, perfectamente razonable, dependerá de las expectativas reales de cada entidad concreta.
13. Tomamos, así, la primera acepción que el Diccionario de la Real Academia de la Lengua adopta como primera acepción en su 22ª edición: «1. tr. Juzgar de las cosas, fundándose en los principios de la ciencia o en las reglas del arte.»
14. No es casual que una de las primeras y más influyentes novelas que relatan los acontecimientos vividos en Wall Street al comienzo de la crisis llevase, precisamente, a su título este manido «principio»: ROSS SORKIN, A. 2009. *Too Big to Fail: The Inside Story of How Wall Street and Washington Fought to Save the Financial System--and Themselves*, Viking. Lo cierto es que, aunque solo la comunicación sobre recapitalización bancaria cita expresamente el caso de la quiebra de Lehman Brothers, estaba en la mente de todos este especial caso por su evidente gravedad y valor simbólico, como expresamente se recoge en numerosas intervenciones públicas de los sucesivos comisarios de competencia. A título ilustrativo, vid. la intervención del comisario Almunia en el EU competition rules 9th Handelsblatt annual conference Strategies for Savings Banks and Landesbanken Berlin, 2 February 2011 [<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/11/62&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>], por citar un caso reciente, en el que expresamente se cita en la parte introductoria de su intervención «Let me start by describing what the EU has done to support the financial system and avoid the collapse of the financial sector since the fall of Lehman Brothers in the fall 2008.»

para presuponer que las grandes entidades, precisamente por su tamaño no caerían, es decir, nunca podrían quebrar, se hubiera pasado al casi absurdo principio de que ninguna entidad, especialmente las financieras podía quebrar –cualquiera que fuera su tamaño–, como si todas fueran «sistémicas» y el abandonar a su suerte a cualquiera de ellas pudiera llevarse por delante el sistema en su conjunto.¹⁵

Como es obvio, el principio inicial («*Too big to fail*») debe matizarse y ligarse no al tamaño de la entidad sino a su concreto papel en el sistema financiero o el entramado económico, en el caso de la economía no financiera, y el segundo, solo puede explicarse en el contexto de pánico casi general que se cernía sobre la estabilidad del sistema en su conjunto.

La culminación de los procesos de reestructuración y la viabilidad real de cada entidad concreta deberán marcar su destino, sin que la concesión de ayudas estatales pueda, ni deba evitar lo inevitable, pues solo así el sistema en su conjunto será creíble. En esta línea debemos interpretar los requerimientos de solvencia que se implantarán en el marco del acuerdo de Basilea III.¹⁶

Lo que sí parece evidente es que el panorama financiero internacional está en proceso de cambio –para reguladores y regulados, sean estos privados o públicos– y que muchos principios que se consideraban ya asentados están ahora en cuestión, y que las variables macroeconómicas deben convivir con las microeconómicas, que son las que manejamos en competencia.

El objeto de este trabajo será, en consecuencia, ofrecer una visión panorámica, principalmente desde la perspectiva del Derecho comunitario de la competencia, de cuál ha sido la respuesta comunitaria a esta compleja e incierta encrucijada, en materia de ayudas estatales, pues, en efecto, la Comisión Europea, con el impulso del Consejo a insistencia de los Estados miembros, ha articulado una serie de medidas temporales destinadas a regular su utilización, en un marco claramente excepcional.

Como tendremos ocasión de observar, la Comisión ha acudido a la adopción de comunicaciones (*soft law*), de carácter temporal, y apoyadas legalmente en los tratados y en la jurisprudencia comunitaria, ofreciendo una interpretación flexible, pero coherente con la que ha venido siendo su práctica consolidada.

La base legal de las medidas adoptadas es idéntica en todas ellas, si bien sus objetivos y finalidad son, como veremos, claramente diferentes y, en buena medida, complementarios.

15. Como recuerda Vives, en el sector financiero se dan todos los fallos de mercado clásicos (VIVES, X. 2010. *La crisis financiera y la regulación*, IESE/SP-SP Occasional Papers, OP-179, septiembre, pp. 3-5. Documento disponible en: <http://www.iese.edu/research/pdfs/OP-0179.pdf>

16. Los últimos tests de estrés realizados por la Autoridad Europea de Supervisión Bancaria se fijaron como parámetro para determinar la solvencia la barrera de un 5 % de *core capital*, cifra superior a la vigente a día de hoy, pero inferior a la de Basilea III cuando entre totalmente en vigor, pero ya se excluyeron las reservas anticíclicas y la definición del capital requerido se depuró para acercarla a las futuras exigencias de Basilea III (básicamente capital más reservas, excluyendo híbridos, obligaciones subordinadas, etc.).

Nos referiremos, en consecuencia, en primer lugar al paquete de ayudas al sector financiero, destinadas a facilitar su reestructuración y, en segundo lugar, a las que se dirigen a socorrer, casi en un sentido literal, a la denominada economía real, afectada directa y profundamente por la disminución del crédito, que exigirá reformas profundas, que las ayudas estatales podrán facilitar, pero nunca reemplazar, puesto que, como han reiterado los sucesivos comisarios de la competencia que han tenido que intervenir en la crisis, las ayudas estatales no son la única solución.

Una cuestión distinta –que por ello no abordaremos en este trabajo– son los planes de rescate, dirigidos a paliar los problemas financieros de algunos Estados miembros, cuya regulación es ya ajena a las ayudas estatales *strictu sensu*, que se regulan en los artículos 107 a 109 TFUE y que exceden, con mucho, las pretensiones de este trabajo, que solo pretende ofrecer una visión panorámica completa del papel que las ayudas estatales han desempeñado hasta la fecha y podrán seguir desarrollando para paliar, al menos en parte, los efectos de la crisis y promover, también de forma limitada, la solución de una de sus dimensiones, la relativa al futuro de las instituciones financieras, así como las destinadas a paliar los efectos de la crisis en la economía real.

2. Las ayudas a las entidades financieras

Las primeras alarmas de la crisis que se avecinaba –sin saber todavía con precisión cuál iba a ser su magnitud– se produjeron en el sistema financiero, especialmente a causa del elevado volumen de riesgo que este había asumido en el sector inmobiliario y con internacionalización que del mismo se había producido a través de su «titulización» y posterior comercialización por todo el mundo, con un alto grado de sofisticación y complejidad financiera, avalada por prestigiosas entidades y las propias agencias de calificación.

El contagio no solo estaba servido, sino que resultaba inevitable, pues ante la demanda de títulos cuya solvencia venía avalada por prestigiosas entidades y cuyo riesgo estaba también calibrado por las agencias de calificación resultaba muy difícil para las entidades, que en muchos casos actuaban como intermediarias, resistirse a la tentación o a la presión del departamento comercial correspondiente por participar en esa suerte de «milagro de los panes y los peces», que en este caso no resultó ser tal.¹⁷

17. No cabe duda de que será un interesante y necesario capítulo que deberá ser abordado en el estudio del proceso de gestación de la crisis, el papel desempeñado por la dialéctica natural, pero no siempre suficientemente ponderada, entre el departamento comercial y el de evaluación de riesgos de las diferentes entidades que participaron en la comercialización de estos instrumentos financieros, especialmente complejos, así como el papel de los órganos de supervisión y las agencias de calificación de riesgos. En todos estos niveles será necesario analizar el grado de responsabilidad en los fallos que se han cometido.

2.1 Una breve visión panorámica en clave comunitaria

Debemos comenzar señalando que ante el peligro de contagio de unas entidades a otras, real en unos casos y potencial, pero posible, en otros, por la propia dinámica del pánico en el funcionamiento de los mercados, los diferentes Estados, dentro y fuera de la Unión Europea, comenzaron, con mayor o menor presión interna, a acometer diferentes clases de medidas unilaterales, básicamente dirigidas a reforzar la solidez de las primeras entidades que amenazaban peligro de insolvencia real o que, al menos, el mercado percibía como tal.

En el marco de la Unión Europea, las medidas de apoyo suponían, de una u otra forma, la concesión de ayudas estatales, lo que en el marco de los tratados comunitarios es, como sabemos, un instrumento en el que los Estados miembros han perdido *de iure* su autonomía real.

Si en un principio se acudió a las Directrices sobre ayudas de Estado de salvamento y reestructuración de empresas en crisis,¹⁸ cuyo contenido específico para el sector financiero era exiguo pues se limitaba a una simple nota al pie,¹⁹ pronto se vio que era preciso un instrumento específico que ofreciera orientaciones más claras, que reflejasen una respuesta unitaria de la Unión Europea, ante un problema que lejos de ser individual, de cada Estado miembro, adquiriría dimensiones globales.

Para ello, y tras la quiebra de Lehman Brothers, en septiembre de 2008, la Comisión Europea, a instancias del Consejo, adoptó una comunicación específica. Se trataba de la Comunicación de la Comisión — La aplicación de las normas sobre ayudas estatales a las medidas adoptadas en relación con las instituciones financieras en el contexto de la actual crisis financiera mundial.²⁰

Esta comunicación no ofrecía grandes novedades,²¹ pero sí permitía exponer a los mercados y a los Estados miembros que existía una respuesta colectiva europea,

18. Comunicación de la Comisión — Directrices comunitarias sobre ayudas estatales de salvamento y de reestructuración de empresas en crisis (DO 244, de 1.10.2004, p. 2), cuya vigencia ha sido prorrogada hasta el 9 de octubre de 2012 (DO C 156, de 9.7.2009, p. 3). Estas Directrices se apoyan en la excepción recogida en el artículo 107.3.c) TFUE («las ayudas destinadas a facilitar el desarrollo de determinadas actividades o de determinadas regiones económicas, siempre que no alteren las condiciones de los intercambios en forma contraria al interés común»). Al amparo de las mismas, se resolvieron inicialmente asuntos como *IKB* [Case C10/2008, Restructuring aid to IKB (Decisión 21.10.2008)] o *Sachsen LB* [Case C9/2008, Restructuring aid to Sachsen LB (Decisión 4.6.2008)]. En la actualidad se está ya trabajando en un nuevo texto, que suponemos dará un tratamiento más completo al sector financiero del que ha tenido hasta ahora en estas directrices. Para un comentario de las actuales Directrices, vid. RODRÍGUEZ MIGUEZ, J. A. 2003. «Crisis empresariales y ayudas estatales», en *Derecho de los Negocios*, n.º 150, marzo, pp. 13-28 y ARPIO SANTACRUZ, J. 2005. «Las ayudas públicas de salvamento y de reestructuración de empresas en crisis en el derecho comunitario: límites y régimen jurídico», en *ADI*, Tomo XXV (2004/2005), pp. 27-55. Más recientemente, PÉREZ-BUSTAMANTE, J.; LÖWHAGEN, F. 2010, en MARTÍNEZ LAGE, S.; PETITBO JUAN, A. (Dirs.), *El Derecho de la Competencia en Tiempos de Crisis*, Fundación Rafael del Pino-Marcial Pons, pp. 298-318.

19. Las todavía vigentes Directrices de salvamento y reestructuración de empresas en crisis, de 2004, actualmente prorrogadas, dedicaban al sector financiero únicamente la nota 15. Sobre esta cuestión, vid., RODRÍGUEZ MIGUEZ, J. A. «Rescate de entidades financieras...», op. cit., p. 164.

20. DOC 270, de 25.10.2008, p. 8.

21. Como tuvimos ocasión de señalar gran parte de su contenido procede de la reflexión incorporada por la propia Comisión en la Decisión adoptada en el caso *Crédit Lyonnais* varios años ante. Vid. RODRÍGUEZ MIGUEZ, J. A., «Rescate de entidades financieras y ayudas estatales...», op. cit., especialmente, pp. 151-59.

perfectamente engarzada con la práctica comunitaria en materia de ayudas estatales, que daba cobertura a las medidas que se consideraba debían ser adoptadas de inmediato. De hecho, una de las novedades que sí incorporó fue un examen acelerado de las ayudas de salvamento, que en su momento se había planteado pero que la urgencia del caso hizo inevitable aplicar y poner por escrito, generalizando de manera muy flexible una excepción recogida en el artículo 107.3 TFUE, concretamente en su letra b) («grave perturbación en la economía de un Estado miembro»), pensada para situaciones extremas en Estados individualmente considerados, pero que se ofrecía como alternativa general, pues todos estaban en similares situaciones. La base más general de la letra c), relativa a las ayudas sectoriales se consideraba insuficiente pues no ofrecía la flexibilidad de aquella y constituía, a nuestro entender, un precedente demasiado peligroso, dado el grado de flexibilidad que la Comisión estaba dispuesta a admitir a los Estados miembros para la concesión de estas ayudas.

La adopción de las tres comunicaciones posteriores,²² que detallaban algún aspecto clave de la primera, fueron fruto de decisiones posteriores, tomadas a impulsos del Consejo, es decir, de los Estados miembros.

De todas ellas sin duda la más relevante a día de hoy es la dedicada a los procesos de reestructuración,²³ con las importantes matizaciones añadidas al ser prologado el marco temporal excepcional,²⁴ que recoge las expectativas de la Comisión y del Consejo de que su misión está en gran medida cumplida y procede diseñar un panorama sin ayudas estatales excepcionales.²⁵

No obstante lo anterior, al constituir las cuatro comunicaciones, más la que prorroga el marco definido por estas hasta 2012, una unidad, deberemos hacer algunas consideraciones generales sobre las mismas.

22. Cfr. Comunicación sobre «La recapitalización de las instituciones financieras en la crisis financiera actual: limitación de las ayudas al mínimo necesario y salvaguardias contra los falseamientos indebidos de la competencia» (DOC 10, de 15.1.2009, p. 2); la comunicación sobre «El tratamiento de los activos cuyo valor ha sufrido un deterioro en el sector bancario comunitario» (DOC 72, de 26.03.2009, p.1), y la comunicación titulada «La recuperación de la viabilidad y la evaluación de las medidas de reestructuración en el sector financiero en la crisis actual con arreglo a las normas sobre ayudas estatales» (DOC 195, de 19.8.2009, p. 9).
23. No obstante se siguen aprobando ayudas de salvamento, destinadas, precisamente a preparar la reestructuración, en su caso, de las entidades afectadas. Un claro ejemplo es la intervención por el Banco de España de la Caja de Ahorros del Mediterráneo, en el marco del proceso de recapitalización de estas entidades. Vid. State Aid SA.33402. Spain, 24.07.2011 (Financial assistance to be granted to CAM and Banco CAM). Otro ejemplo de rescate recientemente aprobado por la Comisión es el de *Irish Life & Permanent Group Holdings* (IP/11/913, de 20/07/2011: «State aid: Commission temporarily approves rescue aid for Irish Life & Permanent Group Holdings»).
24. El 1 de diciembre de 2010, la Comisión decidió prorrogar dichas medidas, introduciendo diversos cambios, a través de una nueva Comunicación relativa a la aplicación, desde el 1 de enero de 2011, de las reglas sobre ayudas estatales a las medidas de apoyo a favor de los bancos en el contexto de la crisis financiera (DOC 329, de 7.12.2010, p. 7).
25. Debemos destacar que la comunicación que prorroga las ayudas al sector financiero es conocida como la «Comunicación de salida» («The Exit Communication»), en el punto 1 (Introduction), del DG Competition Staff Working Document The Application of State Aid Rules to Government Guarantee Schemes Covering Bank Debt to Be Issued After 30 June 2011 (http://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/phase_out_bank_guarantees_2011.pdf), en el que se enumeran los documentos adoptados por el Consejo previamente para preparar el cese del régimen excepcional de ayudas.

Así, la primera comunicación, titulada «*La aplicación de las normas sobre ayudas estatales a las medidas adoptadas en relación con las instituciones financieras en el contexto de la actual crisis financiera Mundial*»²⁶ conocida como la «Comunicación bancaria», no solo ofrece la posibilidad de acudir a una base jurídica diferente para justificar la compatibilidad de estas ayudas que, si bien estaba recogida desde un principio entre las excepciones llamadas «discrecionales», es decir, las que dejan a la Comisión un amplio margen de apreciación²⁷ y que, en este concreto supuesto [artículo 107.3.b)] apenas había sido empleada.

La comunicación reconoce la excepcionalidad de las circunstancias que atraviesa la economía mundial y reconoce que está dispuesta a admitir, bajo su supervisión, la concesión de ayudas al sector financiero al amparo de la excepción del artículo 107.3.b) TFUE («*las ayudas para fomentar la realización de un proyecto importante de interés común europeo o destinadas a poner remedio a una grave perturbación en la economía de un Estado miembro*»). El matiz es obvio, no se trata de un Estado miembro concreto, sino que la Comisión entiende que todos ellos, en diferente grado, atraviesan una situación excepcional de tal magnitud que, si consideran necesario el otorgamiento de ayudas públicas (tal como las delimita el artículo 107.1 TFUE), pueden acogerse a esta cláusula para fundamentar su autorización excepcional.

En segundo término, establece un procedimiento acelerado de examen de los casos, como exigían las circunstancias, que hizo que la Comisión resolviese, en casos críticos, a autorizar ayudas en cuestión de horas desde la correspondiente comunicación remitida por el Estado miembro.²⁸

26. DOC 270, de 25.10.2008, p. 8. La versión inglesa emplea la expresión «global», que ha sido traducida por «mundial», que aunque similar, no entendemos plenamente coincidente, pues no destaca la íntima relación de unos casos con otros dada la globalidad *de facto* del mercado financiero. Para un comentario de este documento, vid., entre otros, RODRÍGUEZ MIGUEZ, J. A. 2008. «Los Principios generales de la Comunicación de la Comisión sobre las ayudas estatales a las entidades financieras en dificultades», en *Revista Mensual de Competencia y Sectores Regulados*, Despacho CMS Albiñana & Suárez de Lezo, nº 66, diciembre, pp. 12-15, y HATTON, C.; COUMES, J. M. 2009. «Comisión Adopts Guidelines on State Aids to the Financial Sector», en *European Competition Law Review*, nº 2, pp. 51-52.

27. La Jurisprudencia comunitaria ha sido constante al reconocer un amplio margen de apreciación a la Comisión al efectuar sus valoraciones de naturaleza económica. A este respecto, a título de ejemplo, la reciente STG, de 24 de marzo de 2011 (Asuntos acumulados T-443/08 y T-455/08, Freistaat Sachsen et al./Comisión, pendiente de publicación en el Repertorio) señala expresamente que: «90. [...] el control jurisdiccional de un acto de la Comisión que implique una apreciación de esta naturaleza [económica] debe limitarse a comprobar el respeto de las normas de procedimiento y de motivación, la exactitud material de los hechos tenidos en cuenta para efectuar la elección impugnada, la falta de error manifiesto en la apreciación de dichos hechos o la inexistencia de desviación de poder (sentencia del Tribunal de Justicia de 1 de julio de 2008, *Chronopost/UFEX* y otros, C-341/06 P y C-342/06 P, Rec. p. I-4777, apartados 141 a 143).»

28. Como ya señalamos en su día, ante el aumento de casos en que había sido necesaria una rápida intervención por parte de la Comisión en relación con estas ayudas, los funcionarios en materia de competencia de la Comisión Europea habían ya propuesto nuevas reglas destinadas a permitir que estas ayudas sean estudiadas y, en su caso, autorizadas, de forma más rápida. Esta propuesta de la que daba cuenta GARCÍA GALLARDO, R. (DN, nº 79, p. 41) concedería al comisario competente en materia de competencia la autoridad exclusiva para aprobar urgentemente las inyecciones económicas necesarias para ganar tiempo en caso de quiebra inminente de una entidad bancaria. En virtud de estas reglas, un Estado miembro podría notificar una serie de ayudas de emergencia a la Comisión y obtener una decisión al día siguiente. Como indica el propio GARCÍA GALLARDO (op. cit. p. 41) los límites y reglas de trabajo tendrían que ser estrictamente definidos, de modo que se permitieran tan solo

La comunicación sobre recapitalización bancaria,²⁹ que fue la segunda en publicarse, centró sus esfuerzos en la valoración que debía darse al capital que el Estado miembro adquiriría en las entidades, que por su especial naturaleza están sujetas a ratios especiales, y a fijar líneas básicas para su salida del mismo.³⁰

Por su parte, la tercera comunicación se centró en el tratamiento de los «activos tóxicos»,³¹ que minaban la credibilidad de los balances de las entidades financieras.³² Al amparo de la misma se planteó y, en algunos casos, se llegó a crear los que se conocieron como «bancos malos», en los que se aparcaban los activos dañados o dudosos.³³

Finalmente, la Comisión hizo pública su comunicación sobre reestructuración bancaria,³⁴ con la que se trataba de ofrecer pautas claras para que, solventados los problemas que exigían el «salvamento» temporal de las entidades que entraban en crisis, se repasaba la práctica comunitaria para que solo las empresas viables, es decir, las que presentaran un plan de reestructuración creíble, pudieran recibir ulteriores ayudas, precisamente para garantizar su viabilidad futura; es decir, sin nuevas ayudas y a costa de los esfuerzos que fueran precisos por parte de la empresa para seguir en el mercado si esta resultaba ser la opción óptima desde el punto de vista de la competencia y de los propios accionistas.

Así se recoge expresamente en esta Comunicación, en la que se señala con claridad que:

«4) Cuando una institución financiera haya recibido ayuda estatal, los Estados miembros deberán presentar un plan de viabilidad o un plan de reestructuración más radical con el fin de confirmar o reestablecer la viabilidad a largo plazo de cada banco sin depender de la ayuda estatal. Se han establecido criterios para acotar en qué condiciones puede necesitar un banco una reestructuración más

ayudas excepcionales destinadas únicamente a mantener al banco a flote. Cfr. RODRÍGUEZ MIGUEZ, J. A. 1998. «Las entidades de crédito ante el control comunitario de las ayudas de Estado», en *RDBB*, nº 69, enero-marzo, Centro de Documentación Bancaria y Bursátil, Madrid, pp. 81-124, en concreto, p. 3, nota 53.

29. DOC 10, de 15.1.2009, p. 2.

30. Un examen más detallado de esta comunicación puede verse en RODRÍGUEZ MIGUEZ, J. A.; OJO, M. 2010. «Juridical and Financial Considerations on the Public Recapitalisation and Rescue of Financial Institutions During Periods of Financial Crises (Part I)», en *SSRN*, 2010, Last Revised: October 10, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1646320

31. La prensa en general prefirió la más gráfica expresión de «activos tóxicos».

32. Un interesante comentario de las comunicaciones sobre recapitalización y la adquisición de activos tóxicos se halla también en URÍA FERNÁNDEZ, F. «Las ayudas de recapitalización y adquisición de activos depreciados en el sector financiero», en MARTÍNEZ LAGE, S.; PETITBO JUAN, A. (Dir.), *El Derecho de la Competencia...*, op. cit., pp. 319-43.

33. Sobre esta figura resulta muy esclarecedora la reflexión de CARRASCOSA MORALES, A. «¿Es la panacea un banco malo privado?», en *Expansión*, sección Opinión, del 12 de abril de 2011, p. 54.

34. DOC 195, de 19.8.2009, p. 9. No debemos olvidar que la técnica de apartar activos dudosos ya se había empleado en el caso *Crédit Lyonnais*, en que la Comisión autorizó las ayudas aplicando las Directrices sobre ayudas de salvamento y reestructuración de empresas en crisis, vigente en aquel momento, así como en caso como el de *Iberia*, en que no apreció la existencia de ayuda estatal. Vid. Decisión de 31 de enero de 1996, relativa a la recapitalización de la compañía *Iberia* (DOL 104, de 27.4.1996, p. 25).

profunda y cuándo son necesarias medidas que compensen el falseamiento de la competencia ocasionado por la ayuda (...).³⁵ La presente Comunicación no altera esos criterios sino que los complementa con el fin de aumentar su previsibilidad y garantizar un enfoque coherente, explicando los criterios con que la Comisión valorará la compatibilidad de las ayudas de reestructuración (1) concedidas por los Estados miembros a las instituciones financieras en las circunstancias actuales de crisis sistémica, con arreglo al artículo 87, apartado 3, letra b), del Tratado.»

Es, como señalamos, la situación actual en la mayoría de los casos en trámite, con las matizaciones introducidas en la Comunicación de finales de 2010,³⁶ que trata de restablecer el funcionamiento normalizado del sector.

La Comisión señala así que:

«2. Las cuatro Comunicaciones subrayan el carácter temporal de la admisibilidad de tales medidas. [...] La Comunicación sobre reestructuración es válida para las ayudas de reestructuración notificadas antes del 31 de diciembre de 2010, mientras que las demás Comunicaciones no tienen fecha de expiración.»

3. La presente Comunicación [prórroga] establece los parámetros para la admisibilidad temporal de las ayudas concedidas a los bancos en el contexto de la crisis a partir del 1 de enero de 2011.»

2.2. La situación actual y el inmediato e incierto «por venir»

El 1 de diciembre de 2010,³⁷ la Comisión decidió prorrogar los marcos de ayudas temporales al sector financiero y a la economía real, aunque introduciendo notables y significativos cambios.

35. En la correspondiente nota al pie (4) se aclara: «Los criterios y circunstancias específicas que dan lugar a la obligación de presentar un plan de reestructuración se han explicado en la Comunicación bancaria, la Comunicación de recapitalización y la Comunicación de activos deteriorados. Se refieren en particular, aunque no exclusivamente, a situaciones en las que un banco en dificultades haya sido recapitalizado por el Estado o cuando el banco ya haya recibido cualquier tipo de ayuda estatal que contribuya a la cobertura o la evitación de pérdidas (exceptuando la participación en un régimen de garantía) que en conjunto supere el 2 % del total de los activos del banco ponderados en función del riesgo. El grado de reestructuración dependerá de la gravedad de los problemas de cada banco. Por el contrario, en consonancia con esas Comunicaciones (en particular con el punto 40 de la Comunicación de recapitalización y el anexo V de la Comunicación de activos deteriorados), cuando se haya concedido a bancos esencialmente sólidos una ayuda de importe limitado, los Estados miembros deberán presentar a la Comisión un informe sobre el uso de los fondos estatales que comprenda toda la información necesaria para evaluar la viabilidad del banco, la utilización del capital recibido y la senda para abandonar la dependencia del capital público. El estudio de viabilidad deberá demostrar el perfil de riesgo y la futura adecuación del capital de estos bancos y evaluar sus planes empresariales.»

36. Comunicación de la Comisión relativa a la aplicación, a partir del 1 de enero de 2011, de las normas sobre ayudas estatales a las medidas de apoyo a los bancos en el contexto de la crisis financiera (DOC 329, de 7.12.2010, p. 7).

37. IP/10/1636, 01/12/2010: «State aid: Commission prolongs crisis framework with stricter conditions».

No cabe duda de que la Comisión preveía un panorama más halagüeño del que finalmente se ha desarrollado desde entonces, como la lectura de la prensa diaria nos pone dramáticamente en evidencia. No obstante, lo que sí se puede inferir de los documentos aprobados por la Comisión en diciembre de 2010 es que, en buena medida, el proceso de excepcionalidad está próximo a concluir, aunque la realidad no acabe de coincidir con previsiones tan optimistas como las que la Comisión apuntaba.³⁸

En lo que se refiere al sector financiero, la Comunicación de la Comisión relativa a la aplicación, a partir del 1 de enero de 2011, de las normas sobre ayudas estatales a las medidas de apoyo a los bancos en el contexto de la crisis financiera³⁹ se muestra particularmente optimista:

«5. La recuperación económica, que ha tenido lugar paulatinamente desde el inicio de 2010, se ha producido a un ritmo más rápido del que se preveía a principios de año.⁴⁰ Aunque la recuperación es todavía frágil e inestable en la Unión, en algunos Estados Miembros se registran tasas de crecimiento modestas o incluso más robustas. Además, a pesar de algunas bolsas de vulnerabilidad, en términos generales la salud del sector bancario ha mejorado si se compara con la situación del año pasado. [...]»

La consecuencia de este panorama, excesivamente optimista en nuestra opinión, es que el propio apartado añade que:

«[...] la existencia de una grave perturbación de la economía de todos los Estados miembros ya no es tan clara como lo era en las fases iniciales de la crisis. [...]»

No obstante, y a pesar de reconocer esa «evolución», reafirma la subsistencia de las condiciones que llevaron a mantener la aplicación de la excepción del artículo 107.3.b), bajo ciertos matices, *«[...] ante la reciente reaparición de tensiones en los mercados financieros y el riesgo de efectos indirectos negativos más amplios, por las razones esbozadas en la presente Comunicación.»*⁴¹

38. La situación que describe la Comisión al acordar la prórroga del régimen excepcional para el sector financiero y la economía real, que entendemos no se ve confirmada por la realidad que vivimos solo unos meses después, justificaría los equilibrios que la Comisión realiza en dichos documentos para mantener la aplicación del artículo 107.3.b). En este sentido, véase el comentario que de la Comunicación bancaria de 2010 hacen GARROD, D.; MACKAY, G. 2011. «Extension of Crisis-Related State Aid Rules for Banks as Eurozone Economies Continue to Lurch», en *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 2, nº 2, pp. 135-137.

39. DOC 329, de 7.12.2010, p. 7.

40. Subrayado nuestro.

41. El punto 6º, que es el siguiente, de la Comunicación es más concreto al respecto y alude expresamente al problema suscitado por la competencia en los mercados de la deuda soberana.

En consecuencia, la Comisión mantiene temporalmente la vigencia del paquete bancario, incluida la Comunicación sobre reestructuración que era la única que fijaba un límite temporal concreto de aplicación (31 de diciembre de 2010), que se amplía a las ayudas de reestructuración notificadas antes del 31 de diciembre de 2011, sobre la base del artículo 107.3.b) TFUE.

No obstante, la Comisión trata ya de anticipar cuál va a ser su posición en el futuro, en un contexto que califica como de «condiciones normales de mercado», contexto que considera que se producirá «a partir del 1 de enero de 2012». A partir de esa fecha, la Comisión prevé que dispondrá ya de unas Directrices sobre ayudas de Estado de salvamento y reestructuración, específicas para las entidades financieras, sobre la base del artículo 107.3.c) TFUE, como el general, pendiente de reforma, y no en el artículo 107.3.b) TFUE.

En el ámbito sustantivo la Comunicación de 2010 abandona la distinción clave que se había formulado en la primera Comunicación bancaria,⁴² en 2008, entre las «instituciones financieras que no tienen liquidez pero que por lo demás son esencialmente sólidas», «en ausencia de las circunstancias excepcionales actuales»⁴³ (subrayado nuestro), del que puede dispensarse a las instituciones financieras «caracterizadas por problemas endógenos» (podríamos traducirlo como aquellas que sufren la crisis por sus propios deméritos).

En 2008 se señalaba respecto de las entidades de la primera categoría que «las distorsiones de la competencia resultantes de regímenes que apoyen la viabilidad de tales instituciones serán más limitadas y requerirán normalmente una reestructuración menos importante.»

Por su parte, en el caso de las segundas, «encajarían en el marco normal de las ayudas de salvamento, y necesitarían una reestructuración de gran envergadura, así como medidas compensatorias destinadas a limitar las distorsiones de la competencia.»

En ambos supuestos, la Comisión reconocía (en 2008) que «a falta de salvaguardias apropiadas, las distorsiones de la competencia pueden ser considerables a raíz de la aplicación de regímenes de garantía y recapitalización, pues podrían favorecer indebidamente a los beneficiarios en detrimento de sus competidores o podrían agravar los problemas de liquidez de instituciones financieras situadas en otros Estados miembros.»⁴⁴

Esta diferenciación, que también había sido relevante incluso en el marco de las ayudas a la economía real, a las que nos referiremos más adelante, pierde, a juicio de la Comisión, todo interés en el marco prorrogado bancario,⁴⁵ para la evaluación de las necesidades de reestructuración de bancos, ya que a partir de su

42. Comunicación bancaria (2008), punto 14.

43. Subrayado nuestro.

44. Comunicación bancaria (2008), punto 14.

45. Cfr. Comunicación de la Comisión relativa a la aplicación, a partir del 1 de enero de 2011, de las normas sobre ayudas estatales a las medidas de apoyo a los bancos en el contexto de la crisis financiera (DOC 329 de 7.12.2010, p. 7), punto 15.

entrada en vigor (1 de enero de 2011), tendrá en cuenta únicamente la situación específica de cada institución, el grado en que dicha reestructuración sea necesaria para restaurar la viabilidad sin más apoyo estatal así como su dependencia respecto a anteriores ayudas estatales.⁴⁶

En efecto, en la prórroga del marco bancario, la Comisión señala que:

«15. A la hora de evaluar las necesidades de reestructuración de los bancos, la Comisión tendrá en cuenta la situación específica de cada institución, el grado en que dicha reestructuración es necesaria para restablecer la viabilidad sin recibir nuevas ayudas públicas así como la dependencia previa con respecto al apoyo estatal. Como regla general, cuanto mayor haya sido la dependencia de la ayuda estatal, mayor será la necesidad de someterse a una reestructuración en profundidad para garantizar la viabilidad a largo plazo. Además, la evaluación individual tendrá en cuenta cualquier situación específica de los mercados y aplicará las directrices de reestructuración con la oportuna flexibilidad en el caso de que se produzca una grave perturbación que ponga en peligro la estabilidad financiera de uno o más Estados miembros.»

Para la Comisión,⁴⁷ la exigencia de un plan de reestructuración a los bancos que se beneficien de «ayuda estructural», expresión que aclara indicando que se refiere a las «medidas de recapitalización o de rescate de activos», añadiendo que:

«[...] aunque simultáneamente se acepte que el simple uso de las garantías de refinanciación aún no activaría la obligación de presentar un plan de reestructuración (5),⁴⁸ indica a los bancos que deben prepararse para el retorno a las condiciones normales de mercado sin apoyo estatal a medida que el sector financiero vaya emergiendo progresivamente de la crisis. Además, ofrece un incentivo para las distintas instituciones que aún tienen que acelerar el necesario proceso de reestructuración. Al mismo tiempo, permite la suficiente flexibilidad para tomar debidamente en consideración las circunstancias potencialmente diversas que afectan a la situación de los distintos bancos o mercados financieros nacionales. Asimismo, contempla la posibilidad de que se produzca un deterioro

46. Así lo destacamos ya en RODRÍGUEZ MÍGUEZ, J. A. 2010. «Preparando la salida de la crisis. Las nuevas reglas aprobadas por la Comisión para 2011», en *Revista Mensual de Competencia y Sectores Regulados*, Despacho CMS Albiñana & Suárez de Lezo, nº 77. Septiembre – Diciembre, pp. 16-17.

47. Punto 16 de la Comunicación de 2010.

48. La Comunicación aclara en nota (5) que «No obstante, el documento de trabajo de la DG Competencia, de 30 de abril de 2010 sobre la aplicación de las normas en materia de ayudas estatales a los regímenes de garantías estatales para cubrir las deudas bancarias que se emitan después del 30 de junio de 2010: establece un umbral del 5 % de obligaciones garantizadas pendientes del total de obligaciones y un importe total de deuda garantizada de 500 millones EUR por encima del cual se exige un examen de viabilidad.» A la misma conclusión llega la Comisión en su posterior informe, ya citado, de 01.06.2011 [DG Competition Staff Working Document The Application of State Aid Rules to Government Guarantee Schemes Covering Bank Debt to Be Issued After 30 June 2011 (http://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/phase_out_bank_guarantees_2011.pdf)]

general de la estabilidad financiera o de la de un país determinado, algo que no puede descartarse en la actualidad, dada la fragilidad residual que se observa en la situación de los mercados financieros.»

No es posible hacer en el presente trabajo un examen de los casos concretos, tanto de ayudas *ad hoc* como de los regímenes autorizados en este proceso, pero será necesario para poder valorar con solvencia cómo queda realmente el sector. Y ello, no solo por los objetivos planteados en este trabajo, sino porque todavía siguen planteándose casos y numerosos de los que se han planteado están todavía pendientes de la evaluación definitiva por parte de la propia Comisión.⁴⁹

Debemos recordar, sin embargo, que la aprobación de un plan de reestructuración no exime a la Comisión de verificar su efectivo cumplimiento, lo que si en cualquier sector es necesario, en este caso será imprescindible.

Un ejemplo reciente lo tenemos en la entidad alemana Hypo Real Estate (HRE), respecto de la que la Comisión ha aprobado, finalmente, su plan de reestructuración.⁵⁰

En este caso y, aunque no es todavía público el texto de la decisión final adoptada por la Comisión, los datos que ofrece la nota de prensa hecha pública al respecto nos ofrece algunos datos de interés, que resumiremos del siguiente modo:

En primer lugar la Comisión autoriza ayudas en forma de recapitalización pública por importe de 10 mil millones de euros, el rescate de activos dañados por un importe de 20 mil millones de euros y una garantía de liquidez por importe de 145 mil millones de euros.

Como informa la Comisión, en virtud del plan de reestructuración aprobado para HRE y su banco principal, Deutsche Pfandbriefbank (PBB), restaurará la viabilidad a largo plazo del PBB, asegurando que el banco y sus antiguos propietarios contribuirán suficientemente a los costes de la reestructuración, considerando limitados los efectos distorsionadores que sobre la competencia producirá la ayuda finalmente autorizada, en a medida en que, como se recoge en la nota de prensa de la Comisión, todas las actividades de negocio del grupo HRE serán abandonadas progresivamente, excepto las actividades de PBB, de modo que, a finales de 2011, el balance ajustado del PBB se reducirá situándose en torno al 85 % del que correspondía al HRE en su conjunto a finales de 2008. De este modo, al reducirse de forma tan significativa la actividad bancaria del grupo HRE, sus competidores podrán ganar la cuota de mercado abandonada, compensándose así los efectos de su mantenimiento con cargo a fondos públicos.

49. En un ejemplo de transparencia, la Comisión ha venido publicando de forma periódica una relación de los casos examinados. La más reciente, teniendo en cuenta ya la nueva comunicación de 2010, es de 18/07/2011. Se trata del MEMO/11/516 («State aid: Overview of decisions and on-going in-depth investigations in the context of the financial crisis [situation as of 14 July 2011]»).

50. Cfr. IP/11/898, de 18/07/2011 «State aid: Commission approves restructuring plan of Hypo Real Estate and clears the aid». (<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/11/898&type=HTML>).

3. ¿Y qué ocurre con la economía real?

Aunque haya sido mayor, por razones muy diversas, la relevancia pública adquirida por las ayudas al sector financiero, estas ayudas no han sido las únicas articuladas para remediar la crisis.

En efecto, la denominada economía real⁵¹ se ha visto también afectada por la crisis de las entidades financieras y la posterior de los propios Estados miembros, lo que llevó pronto a la Comisión Europea a establecer un marco comunitario que permitiera el otorgamiento ordenado de ayudas estatales a los restantes sectores económicos, afectados por la falta de liquidez y/o solvencia de aquellas.

Con este objetivo, la Comisión adoptó, el 17 de diciembre de 2008, una comunicación de carácter horizontal; es decir, dirigida a todos los sectores económicos, al margen, lógicamente del sector financiero ya apoyado con un marco específico. Se trataba de la comunicación «Marco temporal aplicable a las medidas de ayuda estatal para facilitar el acceso a la financiación en el actual contexto de crisis⁵² económica y financiera» (en adelante, «Marco temporal 2010»).

Esta comunicación, que ha sido objeto de diversas modificaciones⁵³ y que también ha sido finalmente prorrogada hasta 2012,⁵⁴ ofrecía a los Estados miembros la posibilidad de adoptar un amplio abanico de medidas, no todas ellas ayudas estatales, destinadas a facilitar el acceso al crédito de los operadores económicos afectados de forma generalizada por los efectos de la crisis.

Como claramente se señalaba en la versión original del Marco temporal 2010, en vigor hasta el 31 de diciembre de 2010, el fundamento de las medidas excepcionales que adoptaba, tanto para la economía financiera como para la real, se

51. El término «economía real» estaba ya consagrado entre nosotros. En este sentido, vid, a título de ejemplo, NIÑO BECERRA, S; MARTÍNEZ BLASCO, M. 2001. «¿Economía real vs. economía financiera?», en *Boletín Económico de ICE*, n.º 2701, del 17 al 23 de septiembre, pp. 5-8 [disponible en: http://www.revistasice.com/cmsrevistasICE/pdfs/BICE_2701_05-08_1D84BF4196A5693026127345F0CDAA44.pdf]; FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ, M. A. 2010. «Economía real y sistema financiero. La importancia de las reformas», en *Encuentro sobre la reforma del sistema financiero español*, Conferencia pronunciada en el Madrid, el 23 de febrero, Expansión-KPMG (Disponible en la web del Banco de España: <http://www.bde.es/webbde/es/secciones/prensa/intervencion/gobernador/mfo230210.pdf>). En un sentido irónico no hemos permitido hablar también de «economía irreal», para referirnos a aquellos Estados que no asumiendo la gravedad de la crisis no acometen las necesarias reformas, viviendo en una peligrosa «irrealidad económica», que no hace presagiar nada bueno. RODRÍGUEZ MIGUEZ, J. A. 2010. «Economía real e irreal», publicado en la serie *Tribuna*, en *La Voz de Galicia*, jueves, 18 de noviembre, p. 15.

52. DOC 16, de 22.1.2009, p. 1.

53. La versión original de esta comunicación fue modificada por primera vez, el 25 de febrero de 2009, publicándose una versión consolidada que la incorporaba (DOC 83, de 7.4.2009, p.1). Posteriormente, sin embargo, el texto fue objeto de dos nuevas modificaciones, adoptadas, respectivamente, el 28 de octubre de 2009, en relación con las empresas del sector primario (DOC 261, de 31.10.2009, p. 2) y el 8 de diciembre de 2009 (DOC 303, de 15.12.2009, p. 6). La propia Comisión calificó esta modificación en la web institucional de la DG COMP, como «técnica», dirigida a facilitar el acceso a la financiación y animar la inversión a largo plazo, sobre todo en Estados miembros con costes de mano de obra bajos.

54. DOC 6, de 11.1.2011, p. 5. La Comisión ha elaborado también un cuadro explicativo de los cambios introducidos en la prórroga, disponible en la web de la DG COMP en la dirección: http://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/changes_temporary_framework_2011_en.pdf

encontraba en su previa Comunicación, de 26 de noviembre de 2008, bajo el expresivo título de «Plan de recuperación de la economía europea».⁵⁵

Dicho plan partía de dos elementos básicos, que como señalaba la propia Comisión, «se refuerzan mutuamente».⁵⁶ Por una parte, realizar «una inyección masiva de poder adquisitivo en la economía con objeto de estimular la demanda y generar confianza». Y, en segundo, «la necesidad de dirigir la acción a corto plazo a reforzar la competitividad de Europa a largo plazo.»

Al mismo tiempo, se partía de la necesidad de coordinación en las medidas desde una perspectiva comunitaria y de su carácter necesariamente temporal.⁵⁷

Las medidas diseñadas bajo estas premisas perseguían desde un principio un doble objetivo: desbloquear el crédito bancario a las empresas y garantizar la continuidad de su acceso a la financiación y, al mismo tiempo,⁵⁸ animar a las empresas a seguir invirtiendo en el futuro y, en concreto, en un crecimiento sostenible de la economía.⁵⁹

Es preciso destacar que el Marco temporal 2010 no solo establecía qué ayudas se podían conceder, sino que, como en el caso del sector financiero, ofrecía para su otorgamiento excepcional la base legal del artículo 107.3.b) TFUE, al apreciar la concurrencia de una grave perturbación en la economía en su conjunto y, por lo tanto, en la de cada uno de los Estados miembros.

El primer texto incluía un interesantísimo epígrafe, bajo la rúbrica «*Medidas Generales de Política Económica*»,⁶⁰ en el que la Comisión hacía un sencillo, pero

55. Comunicación de la Comisión al Consejo Europeo, COM (2008) 800. Este documento puede consultarse en la dirección: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0800:FIN:ES:PDF>

56. Cfr. Marco Temporal 2010, punto 1.1.

57. Apartado 1.2 del Marco Temporal 2010, bajo la rúbrica «Necesidad de una estrecha coordinación europea de las medidas de ayuda nacionales».

58. La Comisión reconoce expresamente en el Marco Temporal 2010 que parte para valorar la importancia de este primer objetivo de las conclusiones recogidas en la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones «Pensar primero a pequeña escala — “Small Business Act” para Europa: iniciativa en favor de las pequeñas empresas», de 25 de junio de 2008 [COM(2008) 394 final. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0394:FIN:es:PDF>], en la que se subraya la importancia de las PYME, destacando en el propio Marco temporal la confianza en que «[...] la mejora de su situación financiera beneficiará también a las grandes empresas, lo que a largo plazo se traducirá en crecimiento económico y modernización.» Por otra parte, como resulta evidente, la alusión al «carbono», tiene por objeto las emisiones de CO₂, cuya reducción es un objetivo global, que también se trata de cubrir con la comunicación, y ello porque en las actuales circunstancias es una carga adicional sobre las empresas.

59. En este segundo objetivo enlaza la Comisión la protección medioambiental, al afirmar que «Si, como consecuencia de la presente crisis, hubiera que perder o detener los notables avances logrados en materia de protección del medio ambiente, las consecuencias podrían ser muy graves. Por esta razón, es necesario prestar un apoyo temporal a las empresas para que inviertan en proyectos medioambientales (que además pueden contribuir a, entre otras cosas, mejorar la posición tecnológica de la industria de la Comunidad), combinando de esta forma la ayuda financiera necesaria con los beneficios a largo plazo para Europa.» (Punto 1.3, tercer párrafo, inciso final, del Marco temporal 2010.

60. Apartado 2 del Marco Temporal 2010. De manera implícita, atendiendo a los ejemplos enunciados por la Comisión para ilustrar este tipo de medidas, no cabe duda de que en esta recomendación podríamos incluir las medidas de carácter estructural, como la reforma de los sistemas nacionales de pensiones, los subsidios al desempleo, o la intensificación de los procesos de liberalización que, al generar mayor competencia, estimu-

completo repaso de medidas que, al no ser selectivas, no entraban en el régimen de las ayudas estatales, pero que podían ser igualmente útiles en un contexto como el de la crisis,⁶¹ así como un repaso de las medidas ya existentes en materia de ayuda estatal a las que los Estados miembros podían ya acudir, al margen del marco excepcional que ofrecía.⁶²

Parece oportuno que nos detengamos, aunque sea brevemente, en las indicaciones que ofrecía el Marco temporal 2010 respecto de las medidas generales al alcance de los Estados miembros pues su consideración como ayudas estatales ofrecía mayor flexibilidad para su establecimiento. Esta mención, junto con la relativa a los marcos ya vigentes en aquel entonces, se suprimió en la prórroga del Marco temporal hasta 2012 que, como veremos, se centra en medidas concretas aunque limitando notablemente el alcance de las ayudas autorizables, al compartir la dinámica de salida de la crisis de la prórroga del paquete bancario, e incorporando algunas de las reglas del Marco temporal 2010 al acervo comunitario, es decir, a las comunicaciones ya publicadas al considerar que sus efectos habían resultado satisfactorios y podían adquirir un carácter más permanente e incorporarse a sus correspondientes marcos específicos.⁶³

Este primer marco temporal recordaba, enlazándolo con los objetivos del ya aludido Plan de recuperación de la economía europea,⁶⁴ que los Estados miembros ya disponían de una serie de instrumentos que no se consideran ayuda estatal. Para su exposición, la Comunicación exponía unos expresivos ejemplos de qué medidas se trataba, cuya reproducción no es ociosa, sobre todo, al desaparecer del nuevo Marco temporal:

«Por ejemplo, algunas empresas pueden encontrar mayores dificultades que las demás para acceder a la financiación en la coyuntura actual, lo que puede retrasar o poner en peligro la necesaria financiación para su crecimiento y para la realización de las inversiones previstas. Para atajar este peligro, los Estados miembros pueden adoptar una serie de medidas de política general aplicables a todas las empresas de su territorio y que, por consiguiente, quedan fuera del

larán la eficiencia y reducirán los costes para los consumidores y usuarios. En esta misma línea podríamos incluir la modernización de la regulación del mercado financiero y la propia reordenación del sector.

61. Aunque la Comisión no hacía mención alguna ni a sus comunicaciones anteriores al respecto, ni a su propia práctica en la materia, podemos recordar en este punto la comunicación de la Comisión relativa a la aplicación de las normas sobre ayudas estatales a las medidas relacionadas con la fiscalidad directa de las empresas (DOC 384, de 10.12.1998, p. 3), en particular, el apartado «Distinción entre ayudas estatales y medidas generales» (puntos 17 a 22). Sobre esta fundamental distinción, vid., entre otros, VILLAR EZCURRA, M. 2009. «Competencia fiscal lesiva y ayudas de Estado», en COLLADO YURRITA, M. A.; LUCHENA, G.; SÁNCHEZ LÓPEZ, M. E. (Coords) 2009. *Internacionalización de las inversiones. Tratamiento fiscal en España y en la UE*, Boch, Barcelona, pp. 809-51.

62. Epígrafe 3º del Marco temporal 2010.

63. Tal es el caso de la comunicación de la Comisión por la que se modifican las directrices comunitarias sobre ayudas estatales y capital riesgo en pequeñas y medianas empresas (DOC 329 de 7.12.2010, p. 4).

64. Comunicación de la Comisión al Consejo Europeo, COM (2008) 800. Este documento puede consultarse en la dirección: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0800:FIN:ES:PDF>

ámbito de aplicación de las normas sobre ayudas estatales, dirigidas a aliviar de forma temporal problemas de financiación a corto y medio plazo. Así, podrían ampliarse los plazos de pagos a la Seguridad Social y otras cargas similares o incluso de impuestos y podrían introducirse medidas dirigidas a los trabajadores. Si todas las empresas pueden acceder a tales medidas, estas no constituyen ayuda estatal.

Los Estados miembros también pueden prestar apoyo financiero directamente a los consumidores, por ejemplo, para la renovación de productos obsoletos o para la adquisición de productos ecológicos. Si este tipo de ayudas se aplican independientemente del origen del producto, estas no constituyen ayuda estatal.

Además, programas generales de la Comunidad, como el Programa Marco para la innovación y la competitividad (2007 a 2013) establecido mediante la Decisión nº 1639/2006/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 2006 [5] y el Séptimo Programa Marco de la Comunidad Europea para acciones de investigación, desarrollo tecnológico y demostración (2007 a 2013) establecido mediante la Decisión nº 1982/2006/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2006 [6] pueden utilizarse de forma óptima para apoyar a las PYME y a las grandes empresas. Lo mismo ocurre con otras iniciativas europeas, como la decisión del Banco Europeo de Inversión de movilizar 30.000 millones EUR en ayuda a las PYME y su compromiso por desarrollar su capacidad de intervención en proyectos de infraestructura.»

Como resulta evidente, la Comisión, aunque de manera muy sutil, ponía en evidencia la importancia de realizar medidas estructurales, que resultaban a medio y largo plazo más eficientes que la simple concesión de ayudas estatales.

No obstante, la parte más novedosa del documento era la descripción de las condiciones bajo las que la Comisión estaba dispuesta a considerar compatibles con el Mercado Interior ayudas estatales que en otras circunstancias hubiera considerado incompatibles.⁶⁵

La nueva comunicación adoptada para 2011 (en adelante, «Marco temporal 2011») suprime alguna de las medidas excepcionales que se admitieron hasta el 31.12.2010, aunque inspirándose, como es lógico, en las mismas consideraciones optimistas de la prórroga del paquete bancario, hacia su progresiva reducción.

En concreto, se mantienen las reglas excepcionales y temporales para las ayudas en forma de garantía, notablemente reducidas en su posible cuantía, la bonificación

65. El Marco temporal vigente hasta el 31.12.2010 establecía asimismo un procedimiento simplificado para las ayudas en el seguro de créditos a la exportación a corto plazo, que simplificaban los requisitos para comunicar las medidas de ayuda a la Comisión Europea.

de tipos de interés y la producción de productos verdes,⁶⁶ cuya incidencia real para hacer frente a la crisis será preciso evaluar, sin olvidar, como ya señalamos reiteradamente, que las ayudas no pueden ni deben ser las únicas medidas que se deben adoptar al respecto.

4. Unas conclusiones, todavía, necesariamente, provisionales

A estas alturas parece poco plausible considerar que la causa de la crisis sea imputable únicamente a la «voracidad insaciable»⁶⁷ de los bancos norteamericanos, puesto que el sistema financiero es global y todas las entidades, por esa misma mundialización de la actividad bancaria, tienen su alícuota parte de responsabilidad.

Por otro lado, existen mecanismos de control e instituciones llamadas a desempeñarlos, cuyo papel no ha sido especialmente brillante. Si bien es cierto que en muchos casos su poder es nacional en este campo, debían haber velado porque su sistema financiero nacional hubiera actuado de manera más prudente.⁶⁸

Las entidades de calificación han jugado también un papel no menor y las investigaciones que, por ejemplo, en Italia están llevándose a cabo sobre su posible actuación promoviendo movimientos especulativos deberá arrojar luz sobre su verdadero papel en la crisis y sus brotes más dramáticos, por ejemplo en los acontecimientos que se desarrollaron a lo largo de agosto de 2011, durante el que la deuda española llegó a rebasar los 400 puntos básicos respecto de la de Alemania.

Desde la perspectiva del control comunitario sobre las ayudas estatales, que es el tema que nos ha ocupado, los paquetes de medidas tanto sectoriales (paquete bancario) como horizontales (ayudas a la economía real) han sido un buen mecanismo, en la medida en que ofrecieron medidas claras y flexibles, que permitían ofrecer seguridad jurídica a los Estados al respetar la regulación comunitaria. Sin

66. Para un examen detallado de estas medidas, vid. RODRÍGUEZ MIGUEZ, J. A.: «Economía Real y Medidas Anticrisis», en *Noticias de la Unión Europea*, en prensa.

67. Una cuestión claramente diferente es que se deban articular las correspondientes medidas de disciplina bancaria, y los procedimientos civiles o penales que correspondan contra los administradores a los que sea imputable por negligencia o dolo la situación de cada concreta entidad financiera, como se regula en el marco societario común respecto de los administradores que no actúan con la prudencia o diligencia que les es exigible.

68. En el caso español, la creación de provisiones especiales impulsada por el Banco de España durante el mandato de Jaime Caruana implantadas a finales de 1999 contribuyeron a la solidez del sistema español, pues partían de la premisa básica de ahorrar en tiempos de bonanza en previsión de un cambio de ciclo, como el que finalmente se produjo. Curiosamente, como hemos señalado *supra*, estas provisiones no se tuvieron en cuenta en los últimos tests de estrés de julio de 2011. Acerca de estas provisiones, vid., entre otros, POVEDA, R. 2000. «La reforma del sistema de provisiones de insolvencia», conferencia pronunciada por Raimundo Poveda, director general del Banco de España, en la APD, Madrid, 18 de enero (disponible en: <http://www.bde.es/provesta/rpa2000.pdf>), y SERRANO GARCÍA, J. 2009. «Utilización de los sistemas IRB para el cálculo de provisiones anticíclicas», en *Estabilidad Financiera*, Banco de España, nº 17, noviembre, pp. 27-43 (<http://www.bde.es/webbde/Secciones/Publicaciones/InformesBoletinesRevistas/RevistaEstabilidadFinanciera/09/Noviembre/ief0217.pdf>).

embargo, su novedad, como ya hemos señalado, es relativa, aunque importante, pues en realidad supusieron, al menos en el caso del paquete bancario, la elaboración, en la práctica, de una suerte de «Directrices de salvamento y reestructuración de entidades financieras en crisis», con una base legal novedosa, el artículo 107.3.b) TFUE [generalizando la aplicación del artículo 107.3.b) TFUE a toda la Unión Europea en su conjunto], en vez de la clásica aplicación del artículo 107.3.c) TFUE, como las generales a empresas en crisis, implantadas desde 1994, aunque sucesivamente reformadas.

La Comisión está trabajando ya en redactar, sobre la experiencia adquirida con el paquete bancario, unas Directrices específicas para el sector, aunque sobre la base más tradicional del citado artículo 107.3.c) TFUE. No obstante, y a la luz de los más recientes acontecimientos,⁶⁹ no deberíamos descartar una nueva prórroga de los marcos temporales sobre la base del artículo 107.3.b) TFUE, cuya vigencia inicial está previsto que expire el 31/12/2011.

Por otro lado, algunas de las misiones que desempeñan las entidades financieras en relación con el mercado hipotecario podrían calificarse por cada Estado miembro como Servicios de Interés Económico general (SIEG), conforme al artículo 106.2 TFUE y cumpliendo los requisitos sentados en la jurisprudencia,⁷⁰ ser objeto de compensaciones públicas en caso de que no fueran rentables.

Tampoco debemos pasar por alto que los problemas específicos que han atravesado y atraviesan todavía algunos países, como España, responden en buena medida a fallos internos, de diseño institucional,⁷¹ que la crisis ha puesto en evidencia, pero que estaban ahí, eran reales y no habían sido acometidos con realismo y sin demagogia.

Las reformas estructurales no se improvisan y la prisa es siempre mala consejera, especialmente en temas de tanto calado, pero en algunos casos han tenido que hacerse así, por lo que su efectividad puede ser menor de la necesaria y no dejarán de producir problemas en el futuro.

69. Debemos enmarcar este comentario, principalmente, en las tensiones experimentadas por los mercados, no solo sobre la deuda soberana de un número cada vez mayor de países, especialmente desde la ya aludida rebaja que S&P realizó de la deuda de Estados Unidos, con severas caídas de los índices bursátiles más importantes del mundo, que se han venido produciendo a lo largo de mes de agosto de 2011.

70. A este respecto, vid. RODRÍGUEZ MIGUEZ, J. A. 2010. «La jurisprudencia post-Altmark y la financiación de los SIEG» en *ADI*, vol. XXX, Marcial Pons, Madrid, pp. 691-723, y más actualizado, «La financiación de los SIEG. La jurisprudencia post-Altmark», en *Azpilicueta Cuadernos de Derecho*, Eusko Ikaskuntza. Soc. de Estudios Vascos, Donostia-San Sebastián, en prensa.

71. En una reciente conferencia, el comisario Almunia hace balance del proceso de reestructuración bancaria, reconociendo de manera explícita que la responsabilidad de la crisis puso de manifiesto la existencia de fallos de supervisión, apuntando la creación de las nuevas autoridades supervisoras europeas, como la *European Banking Authority* (EBA), inspiradas en las recomendaciones del informe Larosiere (*The High Level Group on Financial Supervision in the EU*, Brussels, 25 february 2009, disponible en: http://ec.europa.eu/internal_market/finances/docs/de_larosiere_report_en.pdf). Cfr. Joaquín Almunia Vice President of the European Commission responsible for Competition Policy Landesbanken and the EU competition rules 9th Handelsblatt annual conference Strategies for Savings Banks and Landesbanken Berlin, 2 February 2011, Speech/11/62, Berlin, 2 February 2011 (<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/11/62&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>).

Las ayudas no pueden ser la única solución, aunque parezca la más fácil, pues, como se ha puesto en evidencia, las arcas públicas no son un saco sin fondo y las elecciones, las decisiones de en qué invertir los fondos públicos son una parte esencial de la política, de ahí que algunos Estados deban purgar sus decisiones erróneas y, con ellos, sus ciudadanos, colectivamente, asumir con ellos su parte de responsabilidad.

Como ciudadanos nos queda esperar acontecimientos y pagar los excesos, pero mantenemos aún la esperanza de que la crisis obligue a tomar decisiones que por ser «políticamente incorrectas» no se han querido tomar antes y que la crisis va a hacer inevitables. Del valor de nuestros políticos y del sentido común de los ciudadanos, como colectivo, dependerá que se tomen, de otro modo no nos quedará más remedio que sufrir una lenta agonía, a la espera de que otro revés de los mercados nos hunda aún más y nos vengán impuestas, como a Grecia, Portugal o Irlanda. Se «venderán» mejor, pero serán más duras porque serán la ultima ratio.

La Unión Europea, como tal, se ha mostrado razonablemente eficaz, en cuanto a que sus instituciones han sabido responder con agilidad a algunas cuestiones decisivas, como la que abordamos en el presente trabajo. Sin embargo, la idea de la Unión Europea como unidad política y económica dista mucho de ser una realidad, pues se ha demostrado incapaz para hacer frente a problemas mundiales, y los Estados miembros han optado por esperar demasiado a que fuera la burocracia comunitaria la que tomase las decisiones ingratas.⁷²

Ya no es posible. En el barco vamos todos y el peligro es real, pero cada uno debe jugar su papel para que el drama acabe lo mejor posible y la Tragedia Griega no se convierta en una realidad cotidiana.

72. La prensa se ha hecho eco de que el director del Banco Central Europea, Jean Claude Trichet, habría remitido una carta a Italia imponiendo determinadas condiciones para que el BCE procediera a la compra de la deuda pública de dicho país, señalando la misma noticia que las autoridades españolas habrían rehusado hacer comentario alguno sobre si habían recibido una misiva equivalente. En este sentido, *Expansión*, martes, 9 de agosto de 2011, p. 10.

PROGRAMA DE CLEMENCIA Y EL CONCEPTO DE CÁRTEL

ISABEL LÓPEZ GÁLVEZ*

Subdirectora de Cárteles y Clemencia de la Dirección de Investigación
Comisión Nacional de la Competencia

1. Introducción

El programa de clemencia se ha introducido en el sistema español de defensa de la competencia con la Ley 3/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC), cuyos artículos 65 y 66 regulan, respectivamente, la exención del pago de la multa o su reducción respecto de aquella empresa o persona física que habiendo participado en un cártel denuncie su existencia y aporte pruebas para su investigación a la Comisión Nacional de la Competencia (en adelante, CNC), siempre y cuando cesen en su conducta infractora y cumplan determinados requisitos.

El programa de clemencia instaurado por la LDC se inspira en el modelo comunitario de inmunidad y/o reducción, adoptado inicialmente en 1996 por la comunicación de la Comisión Europea y que se inspiraba, a su vez, en el sistema de clemencia de los Estados Unidos, y que ha demostrado ser de gran utilidad y tener un impacto significativo. Esta comunicación de 1996 fue sustituida posteriormente en 2002, mejorando el sistema comunitario dotando de mayor transparencia y certidumbre a dicho programa, regulándose actualmente por la comunicación de diciembre de 2006 relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel (2006/C 298/11).

A este respecto, aunque en esos momentos el sistema español de defensa de la competencia no disponía de un programa de clemencia, la autoridad española de competencia había firmado junto con las demás Autoridades Nacionales

* Las opiniones manifestadas en este artículo son personales de la autora y no reflejan necesariamente la posición de la Comisión Nacional de la Competencia.

de Competencia (en adelante, ANC) el 29 de septiembre de 2006 en el ámbito de la Red Europea de Competencia el Modelo de Programa de Clemencia. Ello era coherente con la adopción, el 20 de enero de 2005, del Libro Blanco para la reforma del sistema español de defensa de la competencia, que ya señalaba entre las debilidades de la entonces vigente Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, la carencia de instrumentos adecuados para la lucha eficaz contra las prácticas restrictivas de la competencia, planteándose la introducción de nuevos instrumentos para la detección e investigación de las conductas prohibidas, en particular, el programa de clemencia para la persecución de cárteles.²

Así, en el citado Libro Blanco se señalaba el consenso generalizado con respecto a que los cárteles, en particular los denominados «*hard core cartels*» o cárteles de núcleo duro —acuerdos horizontales destinados a fijar precios o reparto del mercado—, están entre las conductas más lesivas de la competencia y del bienestar general y, al mismo tiempo, son muy difíciles de identificar y de probar en ausencia de colaboración por parte de los propios partícipes en los acuerdos, pues el objetivo de la constitución de un cártel es el de mantener las posiciones respectivas de sus miembros en el mercado y alcanzar estabilidad en los precios o incrementos de los mismos.

Ante esta situación, progresivamente se han ido introduciendo programas de clemencia o «*leniency*», que consisten en la eliminación o reducción de las sanciones para las empresas que denuncien la existencia de cárteles o aporten pruebas sustantivas para su persecución. Estos programas responden a la idea de que, desde la perspectiva de los consumidores y usuarios, el interés por que se descubran y prohíban cárteles prima sobre el interés de que se multe a empresas cuya colaboración permite descubrirlos.

Si bien el ordenamiento español no contaba con una tradición jurídica en esta materia, existían figuras de fundamento similar que permiten reducir o exonerar a los sujetos de las sanciones que correspondería imponerles por la comisión de infracciones penales o administrativas.³ Es por ello que ya en el Libro Blanco se abogaba por introducir en el sistema español de defensa de la competencia el programa de clemencia, teniendo en cuenta el grado de madurez de nuestro sistema y la conveniencia de alinearse con otras jurisdicciones con programas de clemencia, especialmente, la comunitaria y la de la mayoría de los países europeos.

En cuanto a la valoración respecto a la introducción del programa de clemencia en el sistema español de defensa de la competencia en los comentarios reci-

2. Libro Blanco para la reforma del sistema español de defensa de la competencia, disponible en la página web de la CNC: <http://www.cncompetencia.es/Inicio/ConocerlaCNC/Publicaciones/tabid/188/Default.aspx>.
3. Por ejemplo, se citaba en el Libro Blanco en el ámbito penal, en materia de narcotráfico, rebelión y terrorismo, en lo relativo a consumo de drogas en lugares públicos o tenencia ilícita, en tráfico ilícito de seres humanos o inmigración ilegal y en materia de delitos fiscales.

bidos al Libro Blanco,⁴ fueron escasos los comentarios recibidos en contra de dicho programa, señalándose en algún supuesto que en España todavía no se daban las condiciones necesarias para que un sistema de dichas características pudiera ser realmente efectivo en la lucha contra los cárteles, o que el principio en que descansa este programa es reprobable desde un punto de vista moral, puesto que puede suponer la elevación de la delación a la categoría de valor social y con el fin de lograr una mejor administración de justicia se pueden estar deformando las escalas de valores de las personas y, en ese sentido, hubo alguna propuesta indicando que las personas físicas no deberían poder ampararse en este programa para eximirse de las sanciones por las infracciones que ellas mismas han promovido.

No obstante, lo cierto es que la mayoría de los comentarios recibidos coincidían, en términos generales, en la oportunidad de introducir dicho programa, en línea con el modelo comunitario y con los países de nuestro entorno e incidiéndose en que dicho programa permitiría a las empresas españolas cooperar en las investigaciones en igualdad de condiciones que sus competidores de otros países, además de contribuir a facilitar la labor de la CNC. En todo caso, se consideraba necesario que el programa de clemencia se articulara con un elevado grado de transparencia y precisión en cuanto a las condiciones para la concesión de exención o reducción de las multas, dando certeza a los posibles clementes en relación con los requisitos que deben cumplirse para acogerse al programa de clemencia y de los beneficios de tal colaboración y que no afectara a las consecuencias civiles que pudieran derivarse de la existencia de una práctica prohibida. También se incidía que, junto con el programa de clemencia, era necesario incrementar los poderes de investigación de la CNC y, en línea con la Comisión Europea, aumentar el importe de las sanciones en materia de acuerdos restrictivos, especialmente los considerados muy graves, tales como los acuerdos de fijación de precios y reparto de mercados.

Ante esta acogida tan favorable a la introducción del programa de clemencia en el sistema español de defensa de la competencia, en el Anteproyecto de Ley de Defensa de la Competencia se reguló este en sus artículos 67 y 68,⁵ sin apenas recibir observaciones sobre su contenido tanto en su fase de consulta pública⁶

4. Estos comentarios al Libro Blanco están disponibles en la página web de la CNC, en <http://www.cncompetencia.es/Inicio/ConocerlaCNC/Publicaciones/ComentariosalLibroBlanco/tabid/189/Default.aspx>. En concreto, en relación al programa de clemencia, se recibieron comentarios conjuntos de los despachos de abogados Cuatrecasas, Garrigues, Gómez-Acebo & Pombo, Martínez Lage & Asociados y Uría & Menéndez, de CMS Albiñana & Suárez de Lezo, de DLA Piper Rudnik Gray Cary, de Jones Day, de Garrigues Abogados y Asesores Tributarios, de Ashurst, de ADIF (Administrador de Infraestructuras Ferroviarias) y de Telefónica.
5. El Anteproyecto de Ley de Defensa de la Competencia está disponible en la página web de la CNC, en <http://www.cncompetencia.es/Inicio/ConocerlaCNC/Publicaciones/tabid/188/Default.aspx>.
6. Los comentarios recibidos en la fase de consulta pública al Anteproyecto de Ley de Defensa de la Competencia están disponibles en la página web de la CNC, en <http://www.cncompetencia.es/Inicio/ConocerlaCNC/Publicaciones/ObservacionesalAnteproyectodeLeydeDefendelaComp/tabid/190/Default.aspx>.

como en el informe emitido al efecto por el Consejo de Estado,⁷ incidiéndose únicamente en aquellos aspectos que podrían afectar a la plena efectividad práctica de dicho programa, como una posible indemnización por daños y perjuicios derivados de la conducta sancionada por la CNC.

De hecho, los citados artículos 67 y 68 del Anteproyecto de Ley apenas se modificaron en la redacción que derivó en el Proyecto de Ley y en los actuales artículos 65 y 66 de la LDC. En aplicación del programa de clemencia, como dispone el artículo 65 de la LDC, la CNC podrá eximir a una empresa o a una persona física del pago de la multa que hubiera podido imponerle cuando sea la primera en aportar elementos que prueba que, a juicio de la CNC, le permitan ordenar el desarrollo de una inspección en relación con un cártel, siempre y cuando en el momento de aportarse aquellos no se disponga de elementos suficientes para ordenar dicha inspección o permitan a la CNC comprobar una infracción del artículo 1 de la LDC en relación con un cártel, siempre y cuando, en el momento de aportarse los elementos, la CNC no disponga de elementos de prueba suficiente para establecer la existencia de la infracción y no se haya concedido la exención condicional.

Aunque durante la tramitación de la vigente LDC algunas voces señalaron que el programa de clemencia era una figura ajena a nuestro ordenamiento jurídico, premiando a infractores al eximirles de la multa o reducírsela a cambio de información sobre cárteles, hubo un consenso generalizado en valorar muy positivamente la inestabilidad que podría introducir en el cártel la posibilidad de acogerse al programa de clemencia por parte de un participante en dicho cártel, al crear desconfianza entre los socios del cártel y dada la dificultad de detectar y probar cárteles si no se disponía de información interna sobre su funcionamiento. Igualmente, se estimó la necesidad de incorporarnos a la red de Autoridades europeas con un programa de clemencia, no solo para fortalecer y potenciar la eficacia de la actuación de la autoridad española de competencia, al colocar a esta en una posición equiparable a la que ocupa la Comisión Europea y otras jurisdicciones europeas en la lucha contra los cárteles, sino también para evitar asimetrías y asegurar a empresas radicadas en nuestro país la posibilidad de acogerse a dicho programa y no situarlas en un plano de desigualdad respecto de otras jurisdicciones.⁸

Tras la aprobación de la LDC, el programa de clemencia no fue inmediatamente aplicable, pues el apartado 2 de la Disposición final tercera de la LDC estableció

7. Dictamen del Consejo de Estado relativo al Anteproyecto de Ley de Defensa de la Competencia, disponible en http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos_ce/doc.php?coleccion=ce&id=2006-1080.

8. La solicitud de clemencia dirigida a una Autoridad de Competencia no se considera presentada ante todas las ANC (Punto 38 de la Comunicación de la Comisión sobre la cooperación en la Red de Autoridades de Competencia (2004/C 101/03)). Por ello, si el solicitante de clemencia quiere proteger su posición ante posibles procedimientos por parte de la Comisión Europea u otras ANC en aplicación del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, debe presentar su solicitud de clemencia ante todas las ANC en el territorio afectado por la infracción y que puedan considerarse bien situadas para actuar contra la infracción, puesto que pueden tramitarse diferentes procedimientos por distintas ANC.

que los artículos 65 y 66 de la LDC entrarían en vigor en el mismo momento que su reglamento de desarrollo. Así, los mencionados artículos 65 y 66 de la LDC han sido objeto de desarrollo en los artículos 46 a 53 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (en adelante, RDC), que entró en vigor el 28 de febrero de 2008. Conforme a la política de transparencia de la CNC, en la tramitación de las solicitudes de clemencia –ya sean escritas o verbales– el RDC establece el procedimiento a seguir, tanto en lo referente a las condiciones y requisitos para la presentación de estas solicitudes como a la valoración y análisis de las mismas, que por una parte garantiza la seguridad, confidencialidad y previsibilidad en cuanto al resultado al propio solicitante de clemencia y, por otra, respeta los derechos de defensa de los demás interesados.

En relación con la regulación dada en dicho Reglamento al procedimiento de clemencia, destaca lo indicado por el Consejo de Estado en su dictamen,⁹ señalando que el entonces proyecto contribuía a reforzar la seguridad jurídica, no solo en beneficio de los operadores llamados a aplicarla en el tráfico jurídico y empresarial, sino también en el de la propia Administración. A este efecto positivo añade el Consejo de Estado el hecho de que el deber de colaboración que debe tener el solicitante de clemencia redundará en una capacidad y operatividad mayor, tanto en la detección y persecución de prácticas anticompetitivas, como en el fomento de políticas de promoción de la competencia.

2. Características del programa español de clemencia

El artículo 62.4.a) de la LDC establece como infracción muy grave el desarrollo de conductas colusorias tipificadas en el artículo 1 de la LDC que consistan, entre otras, en cárteles, sancionando el artículo 63.1.c) de la LDC dicha infracción con multa de hasta el 10 % del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa.

No obstante, en aplicación del programa de clemencia introducido por la LDC, en concreto, de acuerdo con el apartado 1 del artículo 65 de la LDC, la CNC podrá eximir a una empresa o a una persona física del pago de la multa cuando sea la primera en aportar elementos de prueba que, a juicio de la CNC, le permitan:

- a) ordenar el desarrollo de una inspección en relación con un cártel, en los términos previstos en el artículo 40 de la LDC, siempre y cuando, en el

9. Dictamen núm. 12/2008, de 7 de febrero de 2008, al Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia, disponible en la Doctrina Legal 2008 del Consejo de Estado publicada en <http://www.consejo-estado.es/pdf/2008.pdf>.

momento de aportarse tales elementos de prueba, no se disponga de elementos suficientes para ordenar la mencionada inspección, o

- b) comprobar una infracción del artículo 1 de la LDC en relación con un cártel, siempre y cuando, en el momento de aportarse los elementos de prueba, la CNC no disponga de elementos de prueba suficientes para establecer la existencia de la infracción y no se haya concedido una exención en virtud de lo dispuesto en el punto anterior.

En la práctica, hasta el momento, todos los supuestos de exención condicional acordados en aplicación del programa de clemencia español se han concedido al solicitante de exención por aportar información y elementos de prueba que han permitido a la CNC ordenar inspecciones, siendo esta también la práctica generalizada en otras jurisdicciones con programas de clemencia.

La determinación de qué información y elementos de prueba debe aportar el solicitante de exención del pago de la multa viene regulada en el artículo 46.3 del RDC, que establece lo siguiente:

- a) El nombre o razón social y la dirección del solicitante.
- b) El nombre o razón social, la dirección de las empresas y los datos profesionales de todas las personas físicas que participen o hayan participado en el cártel.
- c) Una descripción detallada del cártel que incluya: su objetivos, actividades y funcionamiento; los productos, servicios y el territorio afectados; la duración estimada y la naturaleza del cártel.
- d) Pruebas del cártel que estén en posesión del solicitante o de las que este pueda disponer en el momento de presentar su solicitud, en particular, pruebas contemporáneas del mismo, que permitan verificar su existencia.
- e) Relación de las solicitudes de exención o de reducción del importe de la multa que el solicitante, en su caso, haya presentado o vaya a presentar ante otras autoridades de competencia en relación con el mismo cártel.

El apartado 2 del artículo 65 de la LDC establece los requisitos que la empresa o la persona física que haya presentado la correspondiente solicitud de exención del pago de la multa debe cumplir para que la CNC le conceda la exención. Estos requisitos, a excepción del relativo al papel que haya desempeñado el solicitante de exención del pago de la multa en relación con los demás miembros del cártel, han de ser cumplidos, asimismo, por los solicitantes de reducción del importe de la multa, guardando todos ellos relación con la cooperación plena y leal del solicitante de clemencia con la CNC.

El primero de los requisitos que ha de cumplir el solicitante de clemencia, tanto para la exención del pago de la multa como para la reducción del importe de la multa, es el relativo al deber de cooperación. A efectos de lo establecido en los artículos 65 y 66 de la LDC y como desarrolla el artículo 52 del RDC, desde el

momento en que presente su solicitud de clemencia, el solicitante de clemencia deberá cooperar plena, continua y diligentemente durante todo el procedimiento administrativo de investigación con la CNC, debiendo cumplir el solicitante de clemencia, entre otros, los siguientes requisitos:

- a) facilitar inmediatamente a la Dirección de Investigación toda la información y elementos de prueba pertinentes en relación con el cártel que estén en su poder o a su disposición;
- b) quedar a disposición de la Dirección de Investigación para responder con prontitud a todo requerimiento que pueda contribuir al esclarecimiento de los hechos;
- c) facilitar que los empleados y directivos actuales (y, en la medida de lo posible, los directivos anteriores) estén disponibles para entrevistarse con personal de la Dirección de Investigación;
- d) abstenerse de destruir, falsificar u ocultar información o elementos de prueba pertinentes relativos al cártel, y
- e) abstenerse de divulgar, directa o indirectamente, el hecho de la presentación de la solicitud de clemencia o el contenido de esta a terceros distintos de la Comisión Europea u otras Autoridades de Competencia, antes de la notificación del pliego de concreción o hechos o del momento que, en su caso, se acuerde con la Dirección de Investigación.

En segundo lugar, el solicitante de clemencia ha de poner fin a su implicación en el cártel inmediatamente después de presentar su solicitud de clemencia, excepto en aquellos supuestos en los que la Dirección de Investigación estime necesario que dicha participación en el cártel continúe con el fin de preservar, en su caso, la eficacia de una futura inspección. Ello no quiere decir que la Dirección de Investigación anime o promueva la participación en el cártel del solicitante de clemencia una vez presentada por este su solicitud ante la CNC, sino que de su conducta ante los demás miembros del cártel no se pueda presumir la presentación de dicha solicitud. Es decir, en la práctica lo que esta medida supone es la permanencia en el cártel de dicha empresa manteniendo un papel pasivo que no suponga la revelación de la presentación de una solicitud de clemencia por dicha empresa o persona física antes de la realización de las inspecciones por la CNC.

En el supuesto de presentación de una solicitud de exención del pago de la multa se establece además la obligación al solicitante de no haber adoptado medidas para obligar a otras empresas a participar en la infracción, sin que dicho requisito sea exigible para el solicitante de reducción del importe de la multa.

Los citados requisitos se deberán mantener durante todo el procedimiento, tanto en la fase de información reservada como una vez incoado expediente sancionador, para que finalmente el Consejo de la CNC pueda conceder la exención del pago de la multa o la reducción del importe de la multa al solicitante de clemencia. Si se incumplieran los requisitos indicados, el Consejo de la CNC podría

no conceder la exención del pago de la multa, aunque la Dirección de Investigación haya concedido al solicitante de exención la exención condicional o no reducir el importe de la multa al solicitante de reducción, aunque se haya propuesto dicha reducción del importe de la multa por la Dirección de Investigación en su propuesta de resolución dirigida al Consejo de la CNC.

Si bien el programa español de clemencia, como ya se ha indicado, se inspira en el modelo comunitario, las peculiaridades propias de nuestro procedimiento sancionador basado en los principios de publicidad, transparencia y contradicción, así como el derecho de defensa, caracterizan el programa español de clemencia, contribuyendo, en gran parte, a la efectiva presentación de solicitudes de clemencia. Es un hecho público que el primer día de la entrada en vigor del programa de clemencia en España se presentaron seis solicitudes de clemencia, así como que posteriormente se han seguido presentando solicitudes de exención del pago de la multa y/o de reducción del importe de esta, que han puesto en conocimiento de la CNC la existencia de cárteles hasta ese momento no detectados por la autoridad de competencia o han aportado pruebas con un valor añadido significativo respecto de dichos cárteles, en la mayoría de los supuestos en este último caso, tras la realización de inspecciones por la CNC.

Entre otros incentivos en el programa de clemencia español, destaca la posibilidad de presentar una solicitud de clemencia tanto por una empresa como por una persona física participante en un cártel; la posibilidad de presentar solicitudes de exención hasta la notificación del pliego de concreción de hechos e, incluso, respecto de las solicitudes de reducción, tras dicha notificación cuando, teniendo en cuenta la información obrante en el expediente, la naturaleza o el contenido de los elementos de prueba aportados por el solicitante así los justifiquen, incentivando de esta manera el aporte de información y pruebas que permitan corroborar los hechos hasta prácticamente el final del procedimiento y, sobre todo, las garantías procedimentales ofrecidas en el programa español de clemencia, que garantizan el anonimato al solicitante de clemencia, así como una total transparencia en cuanto a las condiciones que ha de cumplir para obtener la exención o, en su caso, la reducción del importe de la multa.

De acuerdo con la experiencia española, cuyo programa de clemencia es relativamente nuevo y, por lo tanto, se ha beneficiado en su diseño de la experiencia adquirida por otras autoridades de competencia, los elementos que lo caracterizan y que han contribuido a la efectiva presentación de solicitudes de clemencia son los siguientes:

- a) Transparencia: clara regulación del programa de clemencia, tanto en la LDC como en el RDC, incidiéndose especialmente en los aspectos más prácticos relativos a cómo presentar una solicitud de clemencia con carácter previo a la entrada en vigor del programa de clemencia, publicándose en la página web de la CNC unas indicaciones provisionales para la tramitación de las solicitudes de clemencia, que han sido posteriormente actualizadas en

marzo de 2009, de acuerdo con la experiencia adquirida tras el primer año de aplicación del programa.

- b) Seguridad y rigurosidad en determinar el orden de recepción de las solicitudes de clemencia presentadas: el orden de recepción de las solicitudes presentadas es determinante para el examen de las diversas solicitudes de exención que se hayan podido presentar respecto de un mismo cártel (lo que fue especialmente significativo en nuestro caso, dado que el primer día tras la puesta en marcha de este programa se presentaron dos solicitudes de clemencia relativas a un mismo cártel), así como a la hora de conceder un plazo para presentar los elementos probatorios del cártel, en todo caso, previa petición motivada del solicitante de exención y en supuestos muy excepcionales. Este orden de recepción también es determinante para la valoración de solicitudes presentadas posteriormente, pues las solicitudes de reducción no se examinarán sin antes haber pronunciado sobre la exención condicional relativa a solicitudes previas de exención relacionadas con el mismo cártel. Por tanto, el trato favorable a las empresas o personas físicas partícipes en un cártel que quieran ponerlo en conocimiento de la CNC dependerá del orden en que se facilite la información, el momento en que se aporte y la relevancia de la información para la resolución del expediente sancionador.
- c) Flexibilidad: ello no obsta a que se facilite al solicitante de clemencia los medios que estime más oportunos para presentar su solicitud, ya sea escrita o verbal, así como la posibilidad de presentar una solicitud de clemencia en línea a través de la oficina virtual de la CNC (<https://oficinavirtual.cncompetencia.es>), todos los días del año, durante las 24 horas del día.¹⁰
- d) Previsibilidad: si una vez examinada la información y los elementos de prueba presentados por el solicitante de clemencia la Dirección de Investigación concede la exención condicional, dicho acuerdo no supone el reconocimiento al solicitante de clemencia de la exención de la multa, pues esta será otorgada al finalizar el procedimiento por el Consejo de la CNC, siguiendo la propuesta de la Dirección de Investigación, si el solicitante de clemencia ha cumplido los deberes de cooperación. La exención del pago de la multa concedida a la empresa beneficiará igualmente a sus representantes legales o a las personas integrantes de los órganos directivos que

10. Resolución de 13 de febrero de 2008, de la Presidencia de la CNC, por la que se crea el Registro Electrónico de la CNC, para la recepción, remisión y tramitación de escritos, solicitudes y comunicaciones que se presenten por vía electrónica ante la CNC.

hayan intervenido en el acuerdo o decisión, siempre y cuando hayan colaborado con la CNC.

- e) Mecanismos de coordinación con otros órganos de competencia, tanto con los órganos autonómicos de defensa de la competencia, como con la Comisión Europea y otras Autoridades Nacionales de Competencia.
- f) Confidencialidad: es fundamental garantizar al solicitante de clemencia la máxima confidencialidad durante todo el proceso, tanto al presentar su solicitud como una vez incoado el expediente sancionador. Por ello, el artículo 51 del RDC establece que la CNC tratará como confidencial el hecho mismo de la presentación de una solicitud de clemencia, formando pieza separada especial con todos los datos o documentos de la solicitud y los documentos que la acompañen, incluida, en todo caso, la identidad del solicitante.

Esta confidencialidad se asegura incluso respecto del órgano de resolución de la CNC, el Consejo, para mantener la estricta separación entre el órgano de instrucción de la CNC, la Dirección de Investigación, y el citado Consejo. No obstante, una vez que se remita el pliego de concreción de hechos y para no vulnerar los derechos de defensa de los demás interesados, se permite el acceso de aquellos datos o documentos de las solicitudes de clemencia presentadas que sean necesarios para contestar el pliego, aunque en relación con las declaraciones efectuadas por el solicitante de clemencia de forma específica para su presentación junto con la correspondiente solicitud, ya sean escritas o verbales, los interesados no pueden obtener copias de estas, aunque sí serán accesibles y se podrán tomar las notas que se estimen oportunas. Con ello se protege la condición del solicitante de clemencia y se evita que la información aportada por este pueda ser utilizada posteriormente para otros fines diferentes a los previstos en el programa de clemencia, como por ejemplo en demandas de indemnización por daños y perjuicios. A este respecto, en el ámbito de la consulta del Libro Blanco sobre acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia de la Comisión Europea, la CNC señaló la necesidad de asegurar que la interacción entre las demandas de indemnización por daños y los programas de clemencia no ponga en peligro la viabilidad de estos programas, que se han revelado como un instrumento fundamental para la aplicación pública de las normas de competencia, indicándose que debería darse una protección adecuada a las declaraciones corporativas de los solicitantes de clemencia.¹¹

11. Estos comentarios de la CNC al citado Libro Blanco están disponibles en la página web: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/white_paper_comments/comi_es.pdf.

En relación con la confidencialidad, sobre dicha cuestión se ha planteado el único recurso administrativo interpuesto hasta el momento por un solicitante de clemencia y que el Consejo de la CNC resolvió estando aún el expediente en fase de instrucción. El objeto del recurso era la confidencialidad solicitada por el clemente respecto de la identidad de los directivos de la empresa que habían realizado declaraciones en el ámbito de la solicitud de reducción presentada, señalando el clemente su confidencialidad de cara a la notificación del pliego. En su resolución, el Consejo de la CNC, sin entrar a valorar el contenido de dicha solicitud de clemencia que, por otra parte, desconocía, confirmó que la confidencialidad de dicha información no se podía mantener tras la notificación del pliego.¹²

En todo caso, la eficacia del programa de clemencia depende, en gran medida, de los incentivos que tengan los posibles solicitantes para presentar solicitudes de exención y/o reducción de la posible multa, lo que está directamente vinculado a la amenaza real de sanción a los miembros del cártel, en lo que incide tanto la cuantía de las sanciones –como se ha reafirmado en la comunicación de la CNC sobre la cuantificación de las sanciones– como la eficacia de la actuación de la CNC.

En aplicación del programa de clemencia, procede el rechazo de la solicitud de exención presentada si se da alguno de los siguientes supuestos:

1. Por falta de competencia, cuando la CNC no es la autoridad competente para conocer la solicitud presentada y dicha competencia sea de la Comisión Europea, de una ANC o de un órgano autonómico de defensa de la competencia. En el RDC se han desarrollado los mecanismos de coordinación con los órganos autonómicos, que complementan lo previsto 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 y en el supuesto de aplicación del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE), se podrán presentar ante la Dirección de Investigación solicitudes abreviadas de exención en los casos en los que la empresa presente una solicitud de clemencia ante la Comisión Europea.
2. Por presentación extemporánea, cuando la solicitud de exención del pago de la multa se presente con posterioridad a la notificación del pliego.
3. Por la condición del solicitante de clemencia, cuando la solicitud de clemencia se presente conjuntamente por una pluralidad de solicitantes o el solicitante no aporta elementos de prueba de su participación en un cártel, bien porque no presente pruebas de dicho cártel o de su participación o bien porque se trate de un denunciante.

12. Resolución del Consejo de la CNC de 22 de mayo de 2009, Expte. R/0020/09, Vinos de Jerez.

4. En cuanto al contenido de la solicitud de exención del pago de la multa, que esta no contenga la información y elementos de prueba indicados en el ya citado artículo 46.3 del RDC. En el supuesto de que el solicitante de clemencia haya pedido y se le haya concedido un plazo para la presentación de los elementos de prueba en un momento posterior y finalmente los elementos de prueba no se presenten, se rechazará igualmente la solicitud de exención presentada.
5. En cuanto al análisis de la solicitud de exención del pago de la multa, que esta sea incompleta, pues los elementos de prueba presentados, a juicio de la Dirección de Investigación, no le permitan ordenar el desarrollo de una inspección, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 65.1.a) de la LDC o no le permitan comprobar una infracción del artículo 1 de la LDC, de acuerdo con lo establecido en el artículo 65.1.b) de la LDC.
6. En cuanto a su prescripción, cuando el cártel descrito en la solicitud de exención presentada haya prescrito, de acuerdo con lo indicado en el artículo 68.1 de la LDC, en el que se indica que las infracciones muy graves prescribirán a los cuatro años, computándose el término de la prescripción desde el día en que se hubiera cometido la infracción o, en el caso de infracciones continuadas, desde el que hayan cesado.
7. En cuanto a la disponibilidad de la exención condicional, que esta no esté disponible, bien porque se disponga ya de elementos suficientes para ordenar una inspección o para establecer la existencia de la infracción por parte de la CNC y, por tanto, no se cumplen los requisitos del artículo 65.1 de la LDC, o ya se haya concedido la exención condicional por la Dirección de Investigación a un anterior solicitante de exención.

Al rechazar la solicitud de clemencia presentada, se hace constar expresamente que el solicitante de clemencia podrá retirar la información y los elementos de prueba presentados o, en su caso, si la exención no está disponible, de acuerdo con lo previsto en el artículo 66 de la LDC, solicitar a la Dirección de Investigación que sean examinados como una solicitud de reducción del importe de la multa, siempre que la empresa o persona física facilite elementos de prueba que aporten un valor añadido significativo con respecto a aquéllos de los que ya disponga la CNC, siempre que cumplan lo previsto en el artículo 65.2 de la LDC.

Se entiende que aportan un valor añadido significativo aquellos elementos de prueba que por su naturaleza o nivel de detalle permitan a la CNC aumentar su capacidad de probar los hechos de que se trate (artículo 49.2 del RDC). En todo caso, la solicitud de reducción del importe de la multa deberá contener la información y los elementos de prueba indicados en el artículo 46.3 del RDC.

En su caso, la Dirección de Investigación comunicará en el momento de notificar el pliego de concreción de hechos su propuesta al Consejo de la CNC

sobre la reducción del importe de la multa, dentro de los intervalos que corresponda según lo dispuesto en el artículo 66.2 de la LDC, o bien informará de que no procede dicha propuesta de reducción del importe de la multa por no cumplirse los requisitos para obtener la reducción.

En la práctica, los solicitantes de clemencia están presentando a la CNC solicitudes de exención del pago de la multa en aplicación del artículo 65 y, subsidiariamente, de reducción en aplicación del artículo 66 de la LDC.

3. Concepto de cártel

La investigación de los cárteles, teniendo en cuenta los efectos perjudiciales de estos sobre los consumidores al eliminar los incentivos de las empresas participantes en los mismos para mejorar la calidad de sus productos o servicios y reducir sus costes, al tiempo que dificultan la actividad de otras empresas en el mercado, es una de las prioridades de la actuación de la CNC, como se puso de manifiesto con la nueva Ley de Defensa de la Competencia, introduciendo en España el programa de clemencia, que se ha revelado como un instrumento realmente eficaz de lucha contra los cárteles.

Tanto la doctrina como las autoridades de defensa de la competencia habían coincidido en definir el cártel como acuerdos entre competidores para dividirse los mercados o aumentar los precios, constituyendo este tipo de acuerdos una infracción muy grave de defensa de la competencia.

Si bien en las normas comunitarias no se definía el cártel, este quedaba contemplado en la regulación dada en el artículo 101 del TFUE, que declara incompatibles con el mercado común y prohíbe todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que pueden afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común y, en particular, los que consistan en fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción; limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones; repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento; aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a estos una desventaja competitiva; subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.

En ese mismo sentido se ha regulado en la LDC, prohibiéndose en su artículo 1 todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en:

- a) la fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio;
- b) la limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones;
- c) el reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento;
- d) la aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros;
- e) la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos del comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos.

La doctrina y jurisprudencia consolidada señala que basta el consentimiento, incluso tácito, para valorar la participación de una empresa en un cártel y considerarla autora de una infracción de competencia. Incluso si se considerara una empresa ajena al negocio afectado por la conducta, debería declararse su responsabilidad, pues el hecho de que una empresa no opere en el mercado en el que se materializa la restricción de la competencia no excluye su responsabilidad por haber participado en el concurso de voluntades y su puesta en práctica (Sentencia del Tribunal de Primera Instancia –hoy Tribunal General– de 8 de julio de 2008, T-99/04, AC-Treuhand AG/Comisión). Constatada la participación de la empresa en un cártel recae en ella la carga de la prueba de que su intención no era participar en dicha coordinación de estrategias competitivas (sentencia del 7 de enero de 2004, Aalborg Portland y otros/Comisión, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P).

Reiterada jurisprudencia comunitaria ha indicado que el concepto de acuerdo ha de ser interpretado en un sentido amplio y que, en todo caso, debe haber una concordancia, expresa o tácita, de voluntades de los participantes de dicho acuerdo, lo que debe entenderse en el sentido de que todo operador debe definir de manera autónoma su política comercial, oponiéndose a cualquier toma de contacto directa o indirecta entre competidores que tenga por objeto o efecto influir en la conducta de un competidor real o potencial o desvelar a dicho competidor la conducta que se haya decidido adoptar o se tenga la intención de adoptar en el mercado. De hecho, de acuerdo con la práctica decisoria de la Comisión Europea y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, un cártel puede ser al mismo tiempo un acuerdo y una práctica concertada, pues el artículo 101 del TFUE no prevé una categoría específica para el supuesto de cártel, indicando la jurisprudencia comunitaria que no es necesario tipificar la conducta exclusivamente como una u otra de estas formas de comportamiento ilegal –acuerdo o práctica concertada–, pues los conceptos de acuerdo y práctica concertada son fluidos y pueden solaparse e, incluso, puede no ser posible hacer tal distinción, pues una infrac-

ción puede presentar simultáneamente características de cada forma de conducta prohibida¹³.

En el ordenamiento español, el artículo 1 de la LDC también se opone a cualquier toma de contacto directa o indirecta entre competidores que tenga por objeto o efecto influir en la conducta de un competidor real o potencial o desvelar a dicho competidor la conducta que se haya decidido adoptar o se tenga la intención de adoptar en el mercado.

Por lo tanto, a efectos del artículo 1 de la LDC, existe un acuerdo cuando las partes se asocian en un plan común que limita o puede limitar su política comercial individual al determinar sus pautas de acción o abstención mutuas en el mercado, no siendo necesario que dicho acuerdo entre competidores conste por escrito, ni se requiere que este acuerdo sea formal, ni que se hayan establecido sanciones contractuales o medidas para asegurar el cumplimiento de lo acordado, pudiendo ser dicho acuerdo explícito o estar implícito en el comportamiento de las partes, tanto una vez adoptado el acuerdo o en el proceso de negociación que conduzca al acuerdo definitivo entre los partícipes en dicho acuerdo.

Las anteriores leyes de Defensa de la Competencia –tanto la Ley 110/1963 como la Ley 16/1989– no incluían en su articulado ni definían «cártl», aunque se entendía incluido en la prohibición establecida en los artículos 1 de las citadas Leyes –de similar contenido al vigente artículo 1 de la LDC– y, por lo tanto, los cárteles también han sido sancionados por resoluciones del extinto Tribunal de Defensa de la Competencia y del vigente Consejo de la CNC en aplicación de la Ley 16/1989 utilizando, por cierto, en ocasiones explícitamente el término cártl,¹⁴ remitiéndose a jurisprudencia comunitaria¹⁵.

Es por ello que la definición de cártl en el apartado 2 de la Disposición adicional cuarta de la LDC, a efectos de lo dispuesto en dicha ley, como todo acuerdo secreto entre dos o más competidores cuyo objeto sea la fijación de precios, de cuotas de producción o de venta, el reparto de mercados, incluidos las pujas fraudulentas, o la restricción de las importaciones o las exportaciones,

13. Asuntos acumulados 40-48/73, Suiker Unie y otros/Comisión; asunto T-7/89, Hércules/Comisión; asunto C-49/92, Comisión/Anic Partecipazioni; asunto C-199/92, P: Hüls/Comisión; asuntos acumulados T-305/94 etc., Limburgse Vinyl Maatschappij N.V. y otros/Comisión (PVC II) y asuntos T-147/89, T-148/89 y T-151/89, respectivamente Société Métallurgique de Normandie/Comisión, Treflunion/Comisión y Société des treillis et panneaux soudés/Comisión.

14. Por ejemplo, resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia de 17 de enero de 2002, Expte. 510/01 Fujifilm y de 13 de junio de 2003, Expte. 543/02 TRASMEDITERRÁNEA/EUROFERRYS/ BUQUEBÚS y resoluciones del Consejo de la CNC de 18 de octubre de 2007, Expte. 617/06 CAJAS VASCAS Y NAVARRA; de 1 de abril de 2008, Expte. 623/07 Transportes de Barcelona; de 22 de julio de 2009, Expte. 648/08 HORMIGONES CÁNTABROS y de 12 de noviembre de 2009, Expte. S/0037/08 Compañías de Seguro Decenal.

15. Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 11 de enero de 1990, C-277/87, asunto Sandoz; Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (TPI) de 26 de octubre de 2000, T-41/96, asunto Bayer y Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 6 de enero de 2004, asuntos acumulados C-2/01 P y C-3/01P.

se remitía a lo que tanto la doctrina como la jurisprudencia entendía que era un cártel.¹⁶

La aplicación del programa de clemencia o, más bien, la imposibilidad de acogerse a este programa si no se trata de un cártel otorgan a día de hoy más importancia si cabe a esta cuestión.

El hecho de que existan características típicas o elementos que facilitan la comprobación de la existencia de un cártel no implica que deban apreciarse todas ellas como condición necesaria para afirmar la existencia de un cártel y que puedan producirse con otras características y, en ese sentido, debe operar la definición de cártel dada en la Disposición Adicional 4ª de la LDC, en cuanto que en dicha definición se relaciona el objeto ilícito por el que se ha constituido el cártel (fijación de precios, de cuotas de producción o de venta, el reparto de mercados, incluidas las pujas fraudulentas o la restricción de las importaciones o exportaciones), pero no así los distintos medios o instrumentos que habilitan las empresas participantes en un cártel para conseguir dicho objeto ilícito.

Así, por ejemplo, la fijación de precios puede acometerse de muy distintas formas y una normativa eficaz de defensa de la competencia ha de abarcar no solo las modalidades de fijación de precios más palmarias (como una simple y llana fijación de precios de venta), sino todos aquellos acuerdos y prácticas más o menos sutiles que tengan por objeto limitar la competencia en los precios, como, por ejemplo, los intercambios de información entre competidores relativos a sus intenciones en materia de precios futuros. Para la determinación de una práctica que tiene por objeto la fijación de precios no es ni siquiera preciso que los precios hayan sido efectivamente fijados, basta con que las partes del acuerdo hayan podido confiar en que el resto de participantes van a seguir una estrategia de colaboración en común para aumentar o mantener los precios en un determinado nivel, en un clima de certidumbre.

También conforme a la jurisprudencia comunitaria el hecho de que los precios futuros intercambiados no sean aplicados en algunas ocasiones tampoco resta virtualidad a la calificación de la práctica como un cártel.

A raíz de algunas resoluciones de autoridades de competencia¹⁷ y tras la publicación de las Directrices de la Comisión Europea sobre la aplicabilidad del artícu-

16. De hecho, esta definición viene a recoger lo indicado en la Recomendación de la OCDE de 25 de marzo de 1998, que considera cárteles duros «an anticompetitive agreement, anticompetitive concerted practice, or anticompetitive arrangement by competitors to fix prices, make rigged bids (collusive tenders), establish output restrictions or quotas, or share or divide markets by allocating customers, suppliers, territories, or lines of commerce» (Recommendation of the Council concerning effective action against hard core cartels, OCDE, C (98) 35/FINAL). En igual sentido se ha manifestado el documento «Fighting Hard core Cartels: Harm, Effective Sanctions and Leniency Programmes» y el «Report on the Nature and Impact of Hard Core Cartels and Sanctions against Cartels under National Competition Laws», ambos de 2002 de la OCDE.

17. Como la resolución del Consejo de la CNC de 2 de marzo de 2011, Expte. S/0086/08 Peluquería Profesional y la Decisión de la Autoridad italiana de Competencia de 15 de diciembre de 2010, por cárteles similares, o recientemente la Decisión de 17 de marzo de 2011 de la Autoridad alemana de Competencia.

lo 101 del TFUE a los acuerdos de cooperación horizontal,¹⁸ se ha evidenciado esta cuestión en relación con los intercambios de información entre competidores, que pueden constituir *per se* un acuerdo, una práctica concertada o una decisión de una asociación de empresas con objeto de fijar, en particular, precios o cantidades, al intercambiarse los competidores sus intenciones en materia de futuros precios o cantidades y, en ese supuesto, por norma general, esos tipos de intercambios de información se considerarán carteles.

Así, el intercambio de información entre competidores sobre las intenciones de la conducta futura relativa a precios o cantidades (que puede incluir, por ejemplo, las ventas futuras, las cuotas de mercado, los territorios o las listas de clientes) se considera una restricción de la competencia por el objeto, dada su condición de cártel.

Como ha señalado la jurisprudencia comunitaria,¹⁹ los criterios de coordinación aceptados en la jurisprudencia en materia de prácticas colusorias deben entenderse a la luz de la concepción inherente a la competencia, según la cual todo operador económico debe determinar de manera autónoma la política que tiene intención de aplicar en el mercado, oponiéndose a cualquier toma de contacto directa o indirecta entre dichos operadores que tenga por objeto o efecto influir en el comportamiento en el mercado de un competidor actual o potencial, o bien desvelar a dicho competidor el comportamiento que uno mismo ha decidido o tiene intención de mantener en el mercado, sustituyendo los riesgos de la competencia por la cooperación, abandonando de forma voluntaria su independencia de conducta en el mercado, lo que reduce el juego de la competencia.

4. Aplicación del programa de clemencia por la Comisión Nacional de la Competencia: primeras resoluciones

Hasta la fecha de redacción del presente artículo se han resuelto seis expedientes sancionadores cuyo origen se encuentra en la presentación de una solicitud de exención del pago de la multa que ha puesto en conocimiento de la CNC la existencia de cárteles hasta ese momento no detectados por la autoridad de competencia, habiéndose presentado en la mayoría de los supuestos solicitudes de reducción tras la realización de inspecciones por la CNC:

18. En concreto, los apartados 59, 62 y 74 de las Directrices de la Comisión Europea sobre aplicabilidad del artículo 101 del TFUE a los acuerdos de cooperación horizontal (D.O.U.E. nº C 011 de 14/01/2011).

19. Asuntos acumulados 40-48/73, Suiker Unie y otros/Comisión y C-8/08, T-Mobile Netherlands y Sentencias del TPI de 24 de octubre de 1991, asunto Rhône-Poluenc/Comisión (T-1/189) y de 12 de julio de 2001, asuntos acumulados T-202/98, T-204/98 y T-207/98, Tate & Lyle/Comisión.

APLICACIÓN DEL PROGRAMA DE CLEMENCIA (ordenado por cuantía de las multas)

Expediente	Clemencia	Total (€)
S/0086/08 Peluquería Profesional (Resolución de 2/03/2011)	Exención + reducción (1)	51.017.000 (+9.890.000 por exención)
S/0185/09 Bombas Fluidos (Resolución de 24/06/2011)	Exención	17.343.581(+962.500 por exención)
S/0120/08 Transitarios (Resolución de 31/07/2010)	Exención + reducción (2)	14.127.000 (+5.914.000 por exención + 1 reducción)
S/0084/08 Fabricantes de Gel (Resolución de 21/01/2010)	Exención + reducción (1)	8.328.812 (+6.754.229 por exención + reducción)
S/0091/08 Vinos Finos de Jerez (Resolución de 28/07/2010)	Exención + reducción (1)	6.173.000 (+ 670.000 por exención)
S/0085/08 Dentífricos (Resolución de 20/12/2009)	Exención	Prescripción/no acreditación

La primera resolución dictada por el Consejo de la CNC aplicando el programa de clemencia, de 20 de diciembre de 2009, en el ámbito del Expte. S/0085/08 Dentífricos, no se sancionó con multa, pues se declararon prescritos los acuerdos de incrementos de precios en los períodos 1995 a 1998 y 2000 a 2001 y no acreditado el acuerdo de 2004. Es de destacar que en esta primera resolución, como se ha confirmado en las resoluciones posteriores del Consejo de la CNC, se establece el especial valor probatorio de las declaraciones realizadas por el solicitante de clemencia, indicándose expresamente que *«la declaración de un directivo, acompañada de pruebas que la corroboren o de la declaración de otras partes puede ser prueba suficiente para acreditar la existencia de una infracción, en particular cuando se trate de un acuerdo de los previstos por el artículo 1 de la LDC»*.

En relación con el primer expediente cuyo origen fue una solicitud de clemencia, Expte. S/0084/08 Fabricantes de Gel, dos de las empresas participantes en el cártel –Henkel y Sara Lee– presentaron una solicitud de clemencia el mismo día en que entró en vigor el programa de clemencia en relación con su participación en el mismo cártel, creado a finales de 2005, junto con otras empresas fabricantes de gel de baño y ducha, en concreto, Puig, Colgate y Colomer. El cartel consistía en un incremento encubierto de los precios del gel de baño y ducha en más de un 15 % a través de la reducción de los formatos, manteniendo el precio de dichos formatos a los nuevos de menor capacidad, enmascarando así a los consumidores el incremento de los precios de dichos productos y dificultando la identificación de la subida de precios que la reducción de los formatos implicaba. En aplicación del programa de clemencia, se procedió a la realización de inspecciones en las sedes de todas las empresas implicadas en el cártel y a la concesión de la exención condicional a Henkel, puesto que dicha empresa fue la primera en aportar a la CNC

elementos de prueba que permitieron ordenar el desarrollo de dichas inspecciones en relación con el citado cártel, confirmada posteriormente la exención en la resolución de 21 de enero de 2010 por el Consejo de la CNC, así como una reducción del 40% de la multa impuesta a Sara Lee, al aportar dicha empresa elementos de prueba del cártel a la CNC.

La siguiente resolución del Consejo de la CNC dictada en un expediente sancionador con origen en la presentación de una solicitud de clemencia fue la dictada el 28 de julio de 2010, Expte. S/0091/08 Vinos Finos de Jerez, que sancionó un acuerdo global propio de un cártel organizado por las principales bodegas del Marco de Jerez, así como por la Federación de Bodegas del Marco de Jerez (Fedejerez) y su Consejo Regulador, para controlar la producción e incrementar los precios de los vinos de Jerez destinados a la exportación bajo las marcas comerciales de los comercializadores en destino, el denominado mercado BOB (Buyer Owns Brand), consistente en (i) limitaciones en la producción mediante restricciones acordadas de oferta que limitaban el volumen de ventas, asignando un cupo a las empresas integrantes del cártel y un sistema de compensaciones; (ii) reparto del mercado mediante reparto de clientes, y (iii) fijación de precios mínimos, que se tradujo en mayores precios y menor oferta.

De acuerdo con la doctrina comunitaria y siguiendo la sentencia citada de 8 de julio de 2008 (asunto T-99/04, AC-Treuhand AG/Comisión), que precisamente sanciona como autor a quien, con pleno conocimiento, participa en un cártel como facilitador, el Consejo de la CNC sancionó la participación en el cártel de Fedejerez y del Consejo Regulador.

El solicitante de clemencia, Grupo Bellavista y Zoilo Ruiz Mateos, fue eximido del pago de la multa que le habría correspondido por su participación en este cártel y aunque tras la inspección realizada en su sede Bodegas González Byass presentó también una solicitud de clemencia, si bien en un principio se propuso la reducción del importe de la sanción, tras incumplir el deber de colaboración que le impone la LDC en cuanto solicitante de clemencia, finalmente no se le redujo el importe de la multa.

En relación al Expte. S/0120/08 Transitarios, cuyo origen fue la presentación de una solicitud verbal de clemencia por ABX Logistics España, S.A., el mismo día en que entró en vigor el programa de clemencia, el Consejo de la CNC sancionó a ABX Logistics España, Blue Water Shipping España, DHL Express Barcelona Spain, Rhenus Logistics, Salvat Logística, Spain-Tir Transportes Internacionales, Transnatur y Transportes Internacionales Inter-Tir, por su participación en un cártel desde el año 2000 para coordinar sus estrategias comerciales y fijar incrementos de las tarifas de los servicios de actividades transitarias por carretera, es decir, de servicios de organización y planificación del transporte internacional de mercancías de terceros o de expedición de carga, afectando fundamentalmente a las pequeñas y medianas empresas. En aplicación del programa de clemencia, ABX quedó eximida del pago de la multa. Tras las inspecciones realizadas por la CNC, presentaron también una solicitud de clemencia DHL y Spain-Tir. Tras valorar los

elementos de prueba presentados por DHL, la CNC consideró que no aportaban un valor añadido significativo respecto a los que ya disponía la CNC en el momento de la presentación de dicha solicitud de clemencia, por lo que no obtuvo reducción. No obstante, dado que DHL colaboró de manera activa y efectiva con la CNC se minoró en un 5 % el importe de la multa como atenuante. En cuanto a Spain-Tir, la CNC valoró los elementos de prueba presentados en su solicitud de clemencia, que aportaron un valor añadido significativo para el establecimiento de la infracción, adelantando el inicio del cártel. Por todo ello, la CNC consideró a Spain-Tir merecedora del primer tramo de la reducción prevista en el programa de clemencia y en atención al valor añadido de los elementos de prueba aportados, a la eficacia y diligencia con que cooperó y a su voluntad decidida de contribuir al establecimiento de la infracción, le otorgó una reducción del 40 % del importe de la sanción. Además, dado que Spain-Tir permitió la acreditación del cártel en un período adicional de 2000 a 2003, de acuerdo con el programa de clemencia, se le ha eximido del importe de la multa correspondiente a dicho período.

En el Expte. S/0084/08 Peluquería Profesional, incoado tras la presentación de una nueva solicitud de clemencia por Henkel, la CNC ha sancionado un cártel creado en 1989 por las ocho principales empresas del sector de productos para peluquería profesional, el denominado G8 (L'Oreal, Wella, Colomer, Eugene Perma, Montibello, Lendan, Henkel, DSP Haircare Products), junto con la Asociación Nacional de Perfumería y Cosmética (Stanpa), que intercambiaban información de precios actuales y futuros y la fecha prevista para su incremento, incrementos y tendencias de ventas, descuentos del canal mayorista, incentivos del personal de ventas, plazos y formas de pago y de financiación, etc., de forma sistemática, permitiéndoles coordinar sus estrategias comerciales, los precios y las entradas de nuevos operadores, anulando la incertidumbre estratégica, la independencia en las políticas comerciales y el incentivo para competir entre sí en precios, calidad o servicio, afectando gravemente a la competencia, pues dichas empresas tenían por objeto una restricción de la competencia en precios, cantidades y otras variables competitivas equivalente a una fijación de precios.

Por lo que se refiere a Stanpa, el Consejo de la CNC la declara coautora, junto al resto de las empresas imputadas, dado su papel activo en la organización y vigilancia de la adecuada ejecución del cártel entre algunas de las empresas del sector, contribuyendo considerablemente a su mantenimiento en vigor y ocultación y, por lo tanto, a restringir grave y prolongadamente la competencia en dicho mercado y, especialmente, en relación con las restantes empresas asociadas no participantes en el cártel. Stanpa no solo ejercía labores administrativas del cártel, sino que desempeñó un papel activo en el mismo mostrando, a través de sus actos, su manifiesta voluntad de colaborar en la realización de la práctica prohibida. Estos requisitos son los que, en definitiva, ha exigido el Consejo de la CNC en ocasiones anteriores (como, por ejemplo, en el Expte. S/0091/08 Vinos Finos de Jerez) para, de acuerdo con la doctrina comunitaria, sancionar la

participación en un cártel de una asociación en concepto de facilitador, dado que el ilícito no se basa en el criterio del enriquecimiento, sino en el de puesta en peligro de la competencia, siendo indiferente que el partícipe en una infracción se beneficie o no de ella.

En aplicación del programa de clemencia, a Henkel se le concedió la exención del pago de la multa y no se redujo la multa a Wella, que presentó tras la inspección de su sede una solicitud de clemencia, dado que los elementos de prueba presentados por Wella no aportaban un valor significativo, aunque se valoró como atenuante la colaboración activa de dicha empresa en la acreditación del cártel, minorando en un 5 % la cuantía de la multa impuesta a Wella.

En relación al Expte. S/0185/09 Bombas Fluidos, tras la presentación de una solicitud de clemencia por el Grupo UTC (accionista de control del Grupo Industrial Ercole Marelli, S.A.), el Consejo de la CNC en su resolución de 24 de junio de 2011 declara acreditada la realización de dos conductas anticompetitivas distintas en las que participaron 19 empresas fabricantes y/o distribuidoras de bombas de fluidos y la Asociación Española de Fabricantes de Bombas de Fluidos (AEFBBF), (i) una coordinación desde 2004 entre empresas competidoras, con la colaboración de la AEFBBF, en el negocio de las bombas de fluidos para la fijación de las condiciones comerciales a sus clientes (plazo de pago, plazo de garantía, coste de los avales, condiciones de entrega del producto, etc.) e intercambian información sobre previsiones de precios y otras variables de demanda y costes susceptibles de facilitar el alineamiento de comportamientos que contribuyen a determinar directa o indirectamente el precio y que, dadas las variables en las que se produce y la estructura que adoptan los acuerdos, es considerada un cártel de empresas, no siendo relevante que las condiciones acordadas se plasmaran en una recomendación sobre condiciones generales de venta de la AEFBBF, porque, sin perjuicio del título dado al documento de condiciones generales de venta y que se haya adoptado en el seno de la AEFBBF, es el resultado del concierto de voluntades de determinadas empresas competidoras integradas en la AEFBBF realizado con la colaboración de la AEFBBF y en el que intencionadamente se omitió la cláusula que hacía referencia a su seguimiento voluntario y (ii) el modelo de calidad para equipos contra incendios adoptado por una serie de empresas en el seno de la asociación, junto con el procedimiento de calificación diseñado sobre la base de dicho modelo, que el Consejo de la CNC considera que contienen cláusulas restrictivas y son susceptibles de obstaculizar la competencia en el mercado de equipos contra incendios, por lo que constituyen una conducta prohibida por el artículo 1.1 de la LDC y por el artículo 101.1 del TFUE.

El Consejo de la CNC consideró a la AEFBBF coautora en cuanto que había jugado un papel propio, dando apoyo al desarrollo del cártel, facilitando la cooperación e impulsándola, desempeñando un papel como facilitador del cártel. Esta interpretación de responsabilidad de empresas y asociación no es novedosa por parte de la CNC, como ya se ha indicado, por ejemplo, respecto del Expte. S/0086/08 Peluquería Profesional y confirmó posteriormente el Consejo de la

CNC en su resolución de 13 de mayo de 2011 (Expte. S/0159/09 Unesa y Asociados), siguiendo la práctica de la Comisión Europea y la jurisprudencia del TJUE, imponiendo sanciones tanto a las asociaciones como a sus asociados por una infracción del artículo 101 del TFUE. Así sucede en supuestos en los que una asociación, a través de la adopción de las correspondientes decisiones, constituye el marco en el que se crea o diseña un cártel o contribuye de forma decisiva y activa a su formación o ejecución (STJ de 16 de noviembre de 2000, asunto C-298/98 P, Finnboard/Comisión; STJ de 15 de marzo de 2000). Se trata de una adecuada atribución de responsabilidades personales a cada uno de los autores que intervienen en el cártel y que han desempeñado un papel propio en el mismo. De igual manera que se imputa responsabilidad a cada empresa por su participación, la asociación, con personalidad jurídica propia, debe responder por los actos que ha cometido, no siendo admisible que, en este caso, por el hecho de denominar «recomendación» a lo que es un acuerdo, se deba limitar la responsabilidad en la asociación y eximir de responsabilidades a empresas que se ha acreditado que han tomado parte en el mismo.

En aplicación del programa de clemencia se procedió a la realización de inspecciones en algunas de las empresas implicadas en el cártel y en la sede de la AEFBF, concediendo la Dirección de Investigación la exención condicional a la solicitante de clemencia, puesto que dicha empresa fue la primera en aportar a la CNC elementos de prueba que permitieron ordenar el desarrollo de dichas inspecciones, confirmada la exención el Consejo de la CNC, al considerar que la solicitante de clemencia cumplía plenamente los requisitos previstos en el artículo 65.2 de la LDC y respecto de la segunda conducta relativa a los equipos contra incendios que el Consejo de la CNC no califica como cártel, que dicho cambio de calificación no debe llevar en este caso a penalizar al clemente, pues la empresa solicitante de clemencia ha obrado en todo momento de buena fe aportando información también en relación a esta segunda conducta.

5. Conclusiones

Desde la entrada en vigor el 28 de febrero de 2008 del programa de clemencia en España, tanto por el número de solicitudes de clemencia presentadas como por los resultados obtenidos tras el examen y valoración de dichas solicitudes, es de destacar el resultado positivo de dicho programa. Es un hecho el aumento del número de expedientes sancionadores incoados en relación con cárteles (por ejemplo, un 15 % de los expedientes incoados desde 2008 hasta 2010 tuvieron su origen en una solicitud de clemencia), por lo que cabe afirmar que efectivamente este programa está consiguiendo el principal objetivo de su implantación en el sistema español de defensa de la competencia, la detección de cárteles y, de acuerdo con las citadas resoluciones del Consejo de la CNC, la sanción de estos e incluso, como se ha analizado, la delimitación del propio concepto de cártel (Expte. S/0086/08

Peluquería Profesional) o de la participación de asociaciones o empresas en este (Expte. S/0091/08 Vinos Finos de Jerez o Expte. S/0224/10 Colomer).

La eficacia de un programa de clemencia depende, en gran medida, de los incentivos que tengan los posibles solicitantes para presentar solicitudes de clemencia, lo que viene determinado, en gran parte, por la previsible multa que pueda imponerse al cártel en el que participa y de la que quedará exonerado o su cuantía se verá significativamente reducida, y de otra parte, de las garantías procedimentales ofrecidas en el programa de clemencia, tanto el anonimato del solicitante de clemencia, como los requisitos que ha de cumplir para obtener la exención o, en su caso, la reducción del importe de la multa.

El establecimiento del programa de clemencia en España, con unos procedimientos claros para la presentación de solicitudes y unos criterios transparentes a la hora de la concesión de la posible exención o reducción, unidos a los nuevos poderes de investigación que la LDC otorga a la CNC, el incremento de las sanciones –con la aprobación de la comunicación de la CNC sobre la cuantificación de las sanciones– y una estrecha colaboración con otras Autoridades de Competencia, ha permitido la creación de un clima de credibilidad y eficacia en cuanto a la efectiva aplicación del programa de clemencia. En este punto hay que destacar la estrecha colaboración y máxima coordinación entre la CNC y los servicios de la Comisión Europea y otras ANC en los supuestos de solicitudes presentadas antes varias Autoridades de Competencia.

Teniendo en cuenta la dificultad de la detección de cárteles, la existencia del programa de clemencia y aún más, su exitosa puesta en marcha, no solo posibilita la detección de estos a través de la presentación de solicitudes de clemencia por empresas participantes en dichos cárteles, sino que también favorece la desestabilización de estos, pues es un factor directamente relacionado con la percepción de las empresas que forman parte de un cártel de que este sea descubierto y que alguna otra empresa del cártel presente una solicitud de clemencia.

LA COOPERACIÓN ENTRE AUTORIDADES DE COMPETENCIA EN LA APLICACIÓN DEL LOS ARTÍCULOS 101 Y 102 DEL TFUE: LA ACTUALIDAD DE LA ECN

ISABEL LÓPEZ SANZ

Inspectora de Competencia en la Unidad de Apoyo de la DI

El nuevo marco para la aplicación de las normas de competencia de la Unión Europea, actuales artículos 101 y 102 del Tratado Fundacional de la Unión Europea (TFUE), el Reglamento 1/2003,¹ dio lugar a un sistema de competencias concurrentes entre la Comisión Europea (Dirección General de Competencia –DGCOMP–) y las Autoridades Nacionales de Competencia (ANC). Dicho sistema implica una cooperación estrecha en la aplicación de dichas normas y un diálogo continuo entre las autoridades de competencia, a fin de construir una cultura común en dicha materia.

Como infraestructura para esas actuaciones se crea la Red de Autoridades de Competencia ECN (European Competition Network).² No se trata de una institución, aunque esté constituida por todas las Autoridades de Competencia de la Unión Europea, carece de personalidad jurídica; no obstante, hace posible la aplicación coherente de las normas del TFUE en materia de competencia. Es un foro de estrecha cooperación para hacer cumplir las reglas del mercado y a la vez un foro de discusión, sobre tópicos relacionados con la defensa de la competencia. La lucha contra los acuerdos y las prácticas anticompetitivas con efectos apreciables en el mercado comunitario es el objetivo de las competencias concurrentes. Y la creación de una cultura de competencia común, mediante el intercambio de experiencia y puntos de vista, en los distintos sectores económicos, son los resultados del trabajo de la ECN.

1. Reglamento 1/2003 del Consejo, de 16-12-2002 relativo a la aplicación de las normas de competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado (los artículos 81 y 82 del tratado son los actuales artículos 101 y 102 del Tratado Fundacional de la Unión Europea).
2. Sobre la base normativa y la descripción del funcionamiento de la red ver estudio de la misma autora titulado: «La red de autoridades ECN. Dos años de cooperación en la aplicación de las normas de competencia». Anuario de la Competencia Anuario de la Competencia 2006. Fundación ICO.

Desde la entrada en vigor del Reglamento 1/2003, en mayo de 2004, la actividad de la red ha sido cuantiosa, no solo en la aplicación concurrente de los artículos 101 y 102 del TFUE, sino también en el trabajo para la aplicación coherente a través de los distintos foros de discusión de la ECN.

Este estudio pretende mostrar el trabajo realizado y la actualidad –a la fecha de la redacción de este estudio– de la actividad de la Red de Autoridades ECN.

1. La aplicación concurrente y coherente de los artículos 101 y 102 del TFUE

Para apreciar el trabajo de las autoridades de la ECN, en la aplicación concurrente de los artículos 101 y/o 102 del TFUE, veremos los datos que cuantifican las actuaciones, desde la entrada en vigor del Reglamento 1/2003 hasta la fecha de redacción del estudio.

Antes de tratar las cifras que marcarán la actualidad y evolución de la aplicación de los artículos 101 y 102 en el marco de la ECN, conviene recordar brevemente el sistema de asignación y de salvaguarda de la coherencia decisoria en aplicación de dichos artículos.

El inicio de un caso de aplicación de los artículos 101 y/o 102 del TFUE, en cumplimiento de lo preceptuado en el artículo 11(3) del Reglamento 1/2003, obliga a la ANC a que inicie la investigación a la notificación de dichas actuaciones a la DGCOMP y al resto de ANC. En caso de que la autoridad que inicie el caso sea la DGCOMP, y en virtud del artículo 11(2) del mencionado reglamento, la DGCOMP deberá notificar a las ANC el inicio de su investigación en aplicación de los artículos 101 y/o 102 del TFUE.

Desde el inicio de la andadura de la ECN, la actividad de notificación de casos ha sido creciente. El siguiente cuadro muestra el número de casos que han sido notificados a la ECN desde la entrada en vigor del Reglamento 1/2003 hasta abril del 2011:

	Total 2004	Total 2005	Total 2006	Total 2007	Total 2008	Total 2009	Total 2010	Total enero- abril 2011
Total casos iniciados y notificados a la red ECN ¹	301	203	165	150	159	150	169	82
Iniciados por la DGCOMP	101	22	21	10	10	21	11	29
Iniciados por las ANC	200	181	144	140	149	129	158	53

1. Inicio de investigaciones por las Autoridades Nacionales de Competencia (ANC) o por la Comisión Europea sobre posibles infracciones de los artículos 101 y/o 102 del TFUE.

Fuente: Página web de la Dirección General de Competencia de la Comisión Europea.

En el año 2004 el gran número de notificaciones no es el punto de partida para comprobar un descenso posterior de la actividad, sino que dicho número, elevado con respecto a los años siguientes, se refiere a los casos ya iniciados con anterioridad a la entrada en vigor del Reglamento 1/2003, pero que no habían sido finalizados en dicha fecha, y debieron ser notificados. El resto de los años recogen el número de casos realmente iniciados en dichos años.

Para la aplicación coherente el Reglamento 1/2003, en sus artículos 11(4) y 11(6), reconoce a la Comisión Europea su papel como guardiana del Tratado, facilitándole el ejercicio de la responsabilidad última sobre la coherencia o uniformidad en aplicación de los artículos 101 y 102 del TFUE.

El artículo 11(4) recoge la obligación de las ANC de notificar a la DGCOMP cualquier proyecto de decisión que lleve a cabo en aplicación de los artículos 101 y/o 102 del TFUE, por el que se ordene el cese de una infracción, se acepten compromisos o se retire una exención, y ello, treinta días antes de la adopción de la decisión. La DGCOMP en dicho periodo puede confirmar tácita o explícitamente la decisión de la ANC, hacer comentarios a la misma, y/o incoar un procedimiento al respecto, retirando la competencia a la ANC, y para esto último aplicaría el artículo 11(6).

El siguiente cuadro recoge el número de casos cuyos proyectos de decisión han sido notificados por las ANC a la DGCOMP desde la entrada en vigor del Reglamento 1/2003 hasta abril del 2011.

	Total 2004	Total 2005	Total 2006	Total 2007	Total 2008	Total 2009	Total 2010	Total enero- abril 2011
Notificación de proyectos de decisión a la Comisión Europea (DGCOMP) ²	32	76	64	72	60	70	94	37

2. Casos de posible infracción de los artículos 101 y/o 102 de las ANC cuyos proyectos de decisión han sido notificados a la Comisión Europea en virtud del artículo 11(4) del Reglamento 1/2003.

Fuente: Página web de la Dirección General de Competencia de la Comisión Europea.

Desde el 1 de mayo de 2004 hasta el 30 de abril de 2011, el total de casos iniciados formalmente por supuesta infracción de los artículos 101 y/o 102, que, por lo tanto, han sido notificados a la Red ECN, arroja la cifra total de 1.362, de los cuales un total de 501 de las ANC han sido analizados por la DGCOMP una vez sometidos sus proyectos de decisión, en virtud del artículo 11(4) del Reglamento 1/2003.

Conviene comentar que aquellos casos de las ANC que tras las investigaciones oportunas, no se cierran por una decisión de prohibición por infracción de los

artículos 101 y/o 102 del TFUE, o por la retirada de una exención de los citados artículos, o por una decisión de compromisos, no son susceptibles de ser notificados a la DGCOMP según lo preceptuado en el artículo 11(4), por tanto no estarían incluidos en la última cifra mencionada.

La combinación de los cuadros anteriores dan lugar los siguientes datos en el mismo periodo pero especificados por Estado miembro:

	Nº de casos notificados	Proyectos de decisión notificados a la Comisión por las ANC
Alemania	141	66
Austria	30	6
Bélgica	36	8
Bulgaria	12	4
Chipre	3	1
Dinamarca	65	34
Eslovaquia	9	9
Eslovenia	26	15
España	85	44
Estonia	7	3
Finlandia	20	9
Francia	199	74
Grecia	33	25
Italia	90	69
Irlanda	13	1
Letonia	11	3
Lituania	15	10
Luxemburgo	1	-
Malta	2	1
Países Bajos	78	34
Polonia	23	10
Portugal	40	12
República Checa	13	9
Rumania	24	8
Suecia	36	17
Reino Unido	56	13
Comisión Europea	212	No es el caso

Otros datos que pueden resultar de interés son los porcentajes según el tipo de artículo infringido con respecto al número total de casos:

	% Total 2004	% Total 2005	% Total 2006	% Total 2007	% Total 2008	% Total 2009	% Total 2010	% Total enero-abril 2011
Artículo 101 TFUE	57	51	55	59	55	61	61	54
Artículo 102 TFUE	34	32	36	24	30	32	32	33
Artículos 101 y 102 TFUE	9	17	9	17	15	7	7	13

Fuente: Página web de la Dirección General de Competencia de la Comisión Europea.

No se dispone de datos oficiales en cuanto a la aplicación del artículo 11(6) del Reglamento 1/2003, el cual, como ya se ha comentado, permite a la Comisión retirar la competencia a cualquier ANC que estuviese entendiendo sobre un caso en el que fueran de aplicación los artículos 101 y/o 102 del TFUE.

La Comisión Europea en sus informes anuales sobre política de competencia,³ *Report on Competition Policy*, publicados hasta la fecha de redacción de este estudio (años 2004 a 2009), declara que en ninguno de esos años ha utilizado dicha potestad. No obstante, conviene aclarar que dicha afirmación se refiere fundamentalmente a la aplicación del mencionado artículo fuera del llamado periodo de asignación⁴ establecido en la Comunicación de Cooperación en la ECN⁵ y con la intención de garantizar la coherencia en la aplicación de los artículos 101 y 102 del TFUE. La Comisión en el inicio de procedimiento de sus casos de aplicación de los artículos 101 y/o 102 del TFUE suele aplicar también el artículo 11(6). A modo de ejemplo se pueden citar los siguientes casos en los que se comprueba la aplicación de dicho artículo en el inicio del procedimiento:

— 39401 E.ON y GDF SUEZ⁶

3. Ver apartado publicaciones en página web DGCOMP.
http://ec.europa.eu/competition/publications/annual_report/index.html
4. Para más información sobre dicho periodo, ver el estudio de la misma autora titulado «*La red de autoridades ECN. Dos años de cooperación en la aplicación de las normas de competencia*». Anuario de la Competencia 2006. Fundación ICO.
5. Comunicación de la Comisión sobre la cooperación en la Red de Autoridades de Competencia. (2004/C101/03). DOCE C 101 de 27-04-2004
6. http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_39401

- 39315 ENI⁷
- 39316 GDF foreclosure⁸
- 39351 Swedish Interconnectors⁹
- 39386 Long Term Electricity Contracts in France¹⁰
- 39398 VISA MIF¹¹
- 39402 RWE Gas foreclosure¹²,
- 39317 E.On Gas foreclosure¹³
- 39530 MICROSOFT (tying)¹⁴
- 39596 BA/AA/IB¹⁵

2. El uso del intercambio de información y la cooperación en medidas de investigación

Aunque el Reglamento 1/2003 no crea una base legal que establezca la obligación del intercambio de información entre ANC y entre ANC y la DGCOMP, sí faculta a dichas autoridades con dos herramientas de intercambio de información y de medidas de investigación que pueden usar de manera discrecional, aunque tasada, y estas son las recogidas en los artículos 12 y 22 del mencionado reglamento.

La posibilidad de intercambio y uso de la misma información, incluida la información confidencial, contemplada en el artículo 12 del Reglamento 1/2003, es una herramienta de gran valor para facilitar a las ANC la aplicación de los artículos 101 y/o 102 del TFUE.¹⁶

El citado artículo permite un intercambio de documentación incluida la información de carácter confidencial, que, como indica el considerando nº 16 del Reglamento 1/2003, también puede utilizarse en la aplicación paralela de las normas nacionales de competencia, y todo ello siempre que se refiera al mismo asunto, respetando el fin para el que ha sido recabada. La equivalencia sobre la protección de los derechos de defensa de las partes en los distintos Estados miembros

7. http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_39315

8. http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_39316

9. http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_39351

10. http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/index.cfm?fuseaction=dsp_result&policy_area_id=1&case_number=39386

11. http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_39398

12. http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_39402

13. http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_39317

14. http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_39530

15. http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_39596

16. Para más información sobre dicho artículo 12 ver estudio de la misma autora titulado: “La red de autoridades ECN. Dos años de cooperación en la aplicación de las normas de competencia”. Anuario de la Competencia 2006. Fundación ICO.

garantiza el intercambio de información declarada confidencial por una ANC con otra o con la DGCOMP.

Aunque no existen datos al respecto, se puede afirmar que dicha herramienta se usa dentro de la ECN, desde la entrada en vigor del Reglamento 1/2003, y con regularidad.

Quizás uno de sus usos más prácticos sea su utilización complementaria a la aplicación del artículo 22. Este artículo posibilita a los miembros de la ECN a pedir ayuda concreta a otro miembro para obtener la información, necesaria para demostrar la existencia de una infracción de los artículos 101 y 102 del TFUE, que posteriormente puede ser intercambiada y utilizada en la resolución del caso en cuestión por la autoridad de competencia solicitante, esto último gracias al artículo 12.

La ayuda solicitada puede consistir en que la ANC destinataria de la solicitud realice una inspección en su territorio, bajo su normativa nacional, en virtud del artículo 22.1 / 22.2 y posteriormente transmita la información a la ANC / DGCOMP solicitante, al amparo del artículo 12. También la ayuda solicitada, amparada en el mencionado artículo 22, puede ser la ejecución de cualquier otro tipo de medida de investigación, cuya puesta en práctica se llevará a cabo siempre bajo la normativa nacional de la ANC destinataria de la solicitud, como por ejemplo, una solicitud de información y su posterior remisión a la autoridad solicitante, esto último amparado en el artículo 12.

Ambos tipos de cooperación, solicitud de inspecciones y solicitud de otras medidas de investigación, han tenido lugar con éxito en el seno de la ECN. Ya en el año 2004, la Comisión Europea en su Informe Anual de Competencia declaró que se utilizó once veces en ocho meses.

Como muestra de la aplicación de las mencionadas herramientas, podríamos comentar el reciente caso de la cooperación hispano-italiana en la investigación de un posible cártel en el sector de la fabricación de envases hortofrutícolas. En marzo de 2010, la Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) fue contactada por la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) para solicitarle, al amparo del artículo 22.1 del Reglamento 1/2003, la inspección de determinadas empresas italianas susceptibles de participar en un cártel junto con empresas españolas.

La CNC tenía sospechas de posibles prácticas anticompetitivas en este sector de la fabricación y comercialización de envases de plástico para el embalaje de productos hortofrutícolas, consistentes en acuerdos de fijación, de forma directa o indirecta, de precios y de condiciones comerciales o de servicio, así como de reparto de mercado y supondría una infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), así como del artículo 101 del TFUE. Ello se llevaría a cabo, entre otras prácticas, a través de la presentación concertada de dichas empresas en las subastas organizadas por cooperativas españolas de productores de frutas y verduras para la adquisición de dichos envases, especialmente en el sur y este de España, con el consiguiente perjuicio para dichas cooperativas.

La CNC solicitó a la AGCM la ejecución de inspecciones en los locales de las empresas, supuestamente infractoras, ubicadas en territorio italiano y que estas se llevaran a cabo de manera simultánea a las que realizaría la CNC en las empresas sospechosas ubicadas en territorio español.

Las inspecciones se realizaron el mismo día de manera simultánea y coordinada, tanto los inspectores de la CNC como los de la AGCM inspeccionaron las sedes de las principales empresas del sector de la fabricación y comercialización de envases de plástico para el embalaje de productos hortofrutícolas, en España e Italia respectivamente. El marco legal para la realización de las mismas fue para la CNC la LDC (en concreto el artículo 40) y para la AGCM su normativa nacional en materia de defensa de la competencia.

La cooperación entre las autoridades no tuvo obstáculos, es más la AGCM fue asistida sin incidencias por la Guardia di Finanza (policía fiscal), cuya ayuda suele requerir en las inspecciones que realiza bajo su ley de defensa de la competencia. La información recabada por la AGCM fue remitida a la CNC en base a lo establecido en el artículo 12 del Reglamento 1/2003.

Como consecuencia de las inspecciones, en concreto de la información recabada en las mismas, el 10 de mayo de 2010, la Dirección de Investigación de la CNC dictó la incoación del expediente sancionador S/0251/10¹⁷ Envases Hortofrutícolas, por prácticas restrictivas de la competencia prohibidas en el artículo 1 de la Ley 15/2007 LDC y en el artículo 101 del TFUE, contra cuatro empresas activas en el mencionado sector dos de ellas italianas.

3. Los foros de la ECN

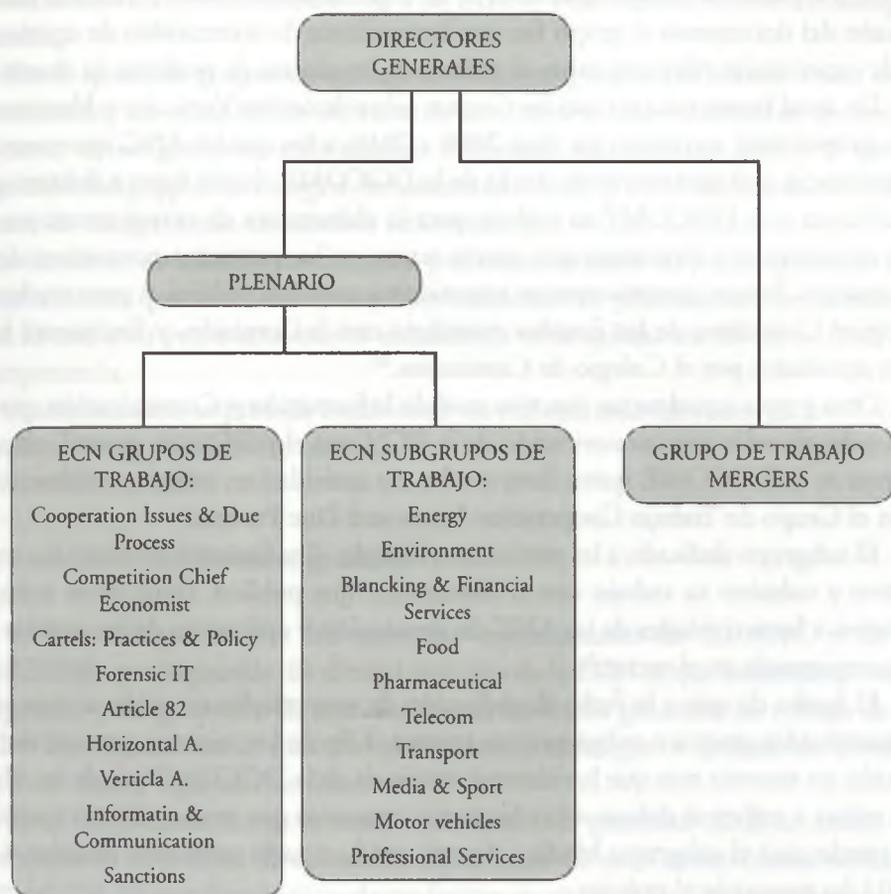
Para la aplicación coherente de los artículos 101 y 102 del TFUE, la ECN también se sirve de foros de discusión de distinto nivel, a través de los que lleva a cabo el debate sobre temas de política de competencia, se comparten experiencias y conocimientos técnicos sobre la aplicación de las normas de competencia y sobre los distintos mercados. Todo ello crea una cultura común de competencia que finalmente permite la convergencia y aplicación uniforme de los artículos 101 y/o 102 del TFUE.

Aunque ninguna ANC está obligada a tomar parte en dichos foros, la participación es prácticamente plena a todos los niveles.

El siguiente esquema muestra todos los foros de la ECN y los niveles¹⁸ de los mismos.

17. A la fecha de la redacción de este estudio aún no han transcurrido los 18 meses de plazo previstos en la LDC para la finalización del procedimiento.

18. Para más información sobre la jerarquía de los grupos ver estudio de la misma autora titulado: «La red de autoridades ECN. Dos años de cooperación en la aplicación de las normas de competencia». Anuario de la Competencia 2006. Fundación ICO.



A la cabeza, la reunión de directores generales, a la que informan el resto de grupos y subgrupos, dando cuenta de sus actividades, directamente y/o a propuesta del Plenario, y presentando los trabajos finales de los mismos para su ratificación por los Directores Generales (DG).

Algunos de los grupos y subgrupos de trabajo se activaron, por la actualidad del debate en la política de competencia de los temas sobre los que versaban, y posteriormente se desactivaron al cesar el debate, lo cual no significa que dejen de existir, sino que por el momento no están llevando a cabo trabajos concretos. Tal es el caso de los grupos y subgrupos que figuran en cursiva en el diagrama. En general, se trata de grupos de debate técnico que han sido el punto de partida, utilizándose para el intercambio de experiencias, la discusión y el establecimiento de posiciones comunes sobre temas concretos en materia de defensa de la competencia, y cuyos trabajos, por el momento, han finalizado. Por ejemplo el Grupo Artículo 82, que inició sus trabajos en el año 2005, dejó de estar activo tras la publicación por parte de la Comisión de la Comunicación «*Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado de*

la CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes».¹⁹ Hasta la publicación del documento el grupo fue una herramienta de intercambio de opiniones y de experiencias relevante sobre el análisis de los abusos de posición de dominio.

De igual forma ocurrió con los Grupos sobre Acuerdos Verticales y Horizontales, grupos muy activos en los años 2008 a 2010, a los que las ANC aportaron su experiencia, que compartieron con la de la DGCOMP, dando lugar a debates que facilitaron a la DGCOMP su trabajo para la elaboración de textos tentativos de los reglamentos y directrices que, como ocurre en los proyectos normativos de la Comisión, fueron posteriormente sometidos a consulta pública y presentados al Comité Consultivo de los Estados miembros con la Comisión, y finalmente fueron aprobados por el Colegio de Comisarios.²⁰

Otro grupo actualmente inactivo es el de Información y Comunicación que se ocupaba de velar por comunicación de la ECN con el público en general, actualmente es la DGCOMP, quien lleva a cabo esa actividad en estrecha colaboración con el Grupo de Trabajo Cooperation Issues and Due Process.

El subgrupo dedicado a las profesiones liberales (Professional Services) fue muy activo y culminó su trabajo con el documento que publicó, fruto de su trabajo, relativo a las actividades de las ANC de promoción y aplicación de las normas de la competencia en el sector.²¹

El hecho de que a la fecha de redacción de este estudio no estén activos esos determinados grupos o subgrupos no supone el fin de los mismos, pues su reactivación no necesita más que la voluntad motivada de la DGCOMP y/o de las ANC de volver a reabrir el debate sobre los temas concretos que versan. Como ejemplo, se puede citar el subgrupo Media + Sports que ha estado unos años inactivo y en 2011 ha retomado el trabajo.

Las herramientas de trabajo de todos los foros de la ECN son el intercambio de experiencias, exposiciones, consultas, cuestionarios, a través de distintos medios de comunicación como son las reuniones, las conferencias telefónicas o las comunicaciones por correo electrónico. Todas ellas facilitan la discusión y el contraste de opiniones, llevan a cabo análisis conjuntos y suelen culminar con la elaboración de documentos adoptados conjuntamente de distinto tipo y nivel. Por ejemplo, algunos son el elemento de partida de proyectos de carácter normativo y otros son

19. Diario Oficial de la Unión Europea C 045 de 24-2-2009.

20. Reglamento (UE) nº 330/2010 de la Comisión, de 20 de abril de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas. DOUE L 102, 23.4.2010. Directrices relativas a las restricciones verticales. DOUE C 130, 19.05.2010. Reglamento (UE) nº 1217/2010 de la Comisión, de 14 de diciembre de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos de investigación y desarrollo DOUE L 335, 18.12.2010. Reglamento (UE) nº 1218/2010 de la Comisión de 14 de diciembre de 2010 relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos de especialización. DOUE L 335, 18.12.2010. Directrices de aplicación del artículo 101 del TFUE a los acuerdos horizontales. DOUE C11 14-01-11.

21. «OVERVIEW OF NATIONAL COMPETITION AUTHORITIES' ADVOCACY AND ENFORCEMENT ACTIVITIES IN THE AREA OF PROFESSIONAL SERVICES (February 2004- Spring 2006)».

documentos meramente orientativos o de trabajo. Pero todos ellos con un enfoque común.

En el apartado grupos de trabajo se incluyen grupos que tratan temas más horizontales en materia de defensa de la competencia (clemencia, procedimiento, investigaciones informáticas forenses, economistas jefes). Y en el apartado subgrupos se recogen fundamentalmente grupos destinados a tratar temas de competencia en sectores concretos, que no solo comparten experiencias concretas en asuntos particulares y el conocimiento en profundidad de los sectores, sino que sus debates también culminan en planteamientos comunes que llevan, a su vez, a una mayor coherencia en la aplicación de las normas de competencia.

A continuación se procede a comentar los trabajos más relevantes de los distintos foros y actualidad de los mismos.

3.1 La reunión de directores generales

Es el foro compuesto por los máximos representantes de las ANC y de la DGCOMP, que lo preside. Es el nivel más alto de la ECN al que informan el resto de grupos y subgrupos, y él, a su vez, marca las líneas generales de trabajo de la ECN. Las discusiones de más alto nivel sobre la estrategia de defensa de la competencia tienen lugar en este foro.

En 2005 la discusión de la reunión de directores generales (DG) se centró en la revisión de la política de aplicación del artículo 82 del Tratado (actual artículo 102 del TFUE) que fue el inicio de un fructuoso trabajo, finalizado en febrero de 2009, con la publicación, por parte de la Comisión, de su Comunicación para la aplicación del artículo 82 del TCE, ya mencionada.

El Programa Modelo de Clemencia,²² que ha facilitado la redacción y convergencia de diversos programas nacionales de competencia y ha sido un elemento clave para la cooperación en la aplicación de dichos programas y de la lucha contra los cárteles, fue aprobado por los DG, previo a su publicación, en su reunión del año 2006.

En ocasiones, las reuniones de DG utilizan como herramienta de discusión, para acometer más en profundidad de terminados temas, las llamadas «breakout sessions», donde, en grupos más pequeños, se tratan temas y se realizan propuestas que finalmente son transmitidas a la reunión plenaria de DG. Este método de trabajo se inició en la reunión de DG de 2009, en la que los temas principales tratados se centraron en los retos para la aplicación de las normas de competencia, como el establecimiento de prioridades en las actuaciones de las Autoridades de

22. El documento aparece publicado en inglés, francés y alemán en la página de la Dirección General de Competencia de la Comisión Europea en el apartado de la ECN, en la siguiente dirección: <http://ec.europa.eu/competition/ecn/documents.html>

Competencia, la convergencia y la transparencia en los procedimientos, sanciones y criminalización, y finalmente la cooperación entre autoridades en el análisis de las operaciones de concentración. La reunión trató también las actuaciones de la Comisión relacionadas con la crisis financiera y aprobó el primer informe sobre la aplicación del Programa Modelo de Clemencia.²³

En 2010 los DG de la ECN decidieron hacer públicas dos resoluciones, o declaraciones conjuntas, que la DGCOMP ha publicado en su página web²⁴ así como la mayoría de las ANC²⁵ y cuyo texto fue acordado y aprobado por todos los máximos representantes de las Autoridades de Competencia de la Unión Europea.

Una de ellas desarrolla la relevancia del papel de las Autoridades de Competencia en tiempos de crisis económica.

Sobre la otra resolución se podría decir que manifiesta la postura de las Autoridades de Competencia respecto a la aplicación de las normas de competencia en el sector agrario. Esta última resolución critica la recomendación del Grupo de Alto Nivel sobre Productos Lácteos (GAN) a la Comisión Europea, informe de 15 de julio de 2010, para que estudien una propuesta legislativa que permitirá a las organizaciones de productores constituidas por granjas lecheras negociar conjuntamente las cláusulas de los contratos de venta de leche, incluido el precio, para la producción láctea de algunos de sus miembros o de todos ellos, sujetándose a un límite cuantitativo apropiado, expresado como porcentaje de la producción de leche en la Unión Europea. Desde ese punto de partida, y citando los trabajos de la DGCOMP que recientemente se han publicado al respecto,²⁶ los máximos representantes de las Autoridades de Competencia de la Unión Europea aprovechan para recordar que cualquier medida que conceda a las organizaciones de productores lácteos la facultad de fijar conjuntamente los precios alteraría el equilibrio del poder de negociación a favor de una categoría de operadores del mercado, por lo que no solo corre el riesgo de resultar perjudicial para el objetivo de reequilibrar las relaciones comerciales a lo largo de la cadena de suministro, sino que también constituye un peligroso precedente para otros sectores agrícolas y obstaculiza el objetivo último de la reforma de la PAC. También recuerda la resolución que la legislación sobre competencia ofrece a los ganaderos un sólido marco legal para desarrollar formas de cooperación sostenibles y reforzar su poder de negocia-

23. El documento aparece publicado en inglés en la página de la Dirección General de Competencia de la Comisión Europea en el apartado de la ECN, en la siguiente dirección: http://ec.europa.eu/competition/ecn/model_leniency_programme.pdf

24. http://ec.europa.eu/competition/ecn/index_en.html

25. Ver nota de prensa publicada en la web de la CNC: <http://www.cncompetencia.es/Inicio/Noticias/tabid/105/Default.aspx?Contentid=286152&Pag=7>

26. Folleto explicativo titulado «How EU competition policy helps dairy farmers in Europe», y el documento preparatorio titulado «The interface between EU competition policy and the CAP: competition rules applicable to cooperation agreements between farmers in the dairy sector», publicados en la página web de la DG competencia: http://ec.europa.eu/competition/sectors/agriculture/documents_en.html

ción, al tiempo que preserva sus incentivos para ser más eficientes, innovadores y estar mejor equipados para hacer frente a la competencia tanto dentro como fuera de la Unión Europea.

3.2 Plenario

El Plenario de la ECN está formado por representantes de todas las ANC, en general coordinadores de la actividad de la ECN en sus respectivas ANC, y miembros de la unidad ECN de la DGCOMP, y está presidido por la DGCOMP. Al menos tiene tres reuniones anuales y en ellas se tratan principalmente los temas generales de interés común en la ECN. En dicho foro representantes de los distintos grupos y subgrupos de la ECN informan sobre sus trabajos concluidos o que tienen actualmente en marcha. Asimismo, la DGCOMP y/o las ANC comentan, entre otras novedades relevantes, las últimas sentencias de los Tribunales, que hacen referencia al trabajo de la red. El Plenario también propone temas para la reunión de DG.

En las reuniones de 2006 hubo un fructífero debate sobre investigaciones sectoriales, que se continuaron en el grupo de trabajo Cooperation Issues. Otros temas que cabe destacar, de las discusiones de ese año, fueron el procedimiento de aplicación a las declaraciones orales de las partes en el contexto de los programas de clemencia y las propuestas de la Comisión sobre el Libro Verde sobre las Reclamaciones de Daños.

El centro de la discusión en 2007 fue la posibilidad, por parte de las ANC, y siempre en su aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado de las Comunidades Europeas (TCE) –actuales artículos 101 y 102 del TFUE–, de considerar inaplicables las normas nacionales que infringieran el artículo 10 del TCE contradiciendo lo establecido en dichos artículos 81 y 82 del TCE. El tema surgió por la sentencia CIF²⁷ del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. También se trataron temas relativos a algunos elementos en la persecución de los cárteles, las investigaciones *ex officio* y el uso de las decisiones de compromisos por los miembros de la Red.

En 2009 el Plenario tuvo una participación activa para destacar los elementos más relevantes sobre el informe de aplicación del Reglamento 1/2003, que la Comisión debía remitir al Parlamento Europeo y al Consejo Europeo,²⁸ tras los cinco años de su entrada en vigor y que finalmente fue publicado en abril de 2009. Las discusiones ya se iniciaron en el seno del Plenario en 2008, partiendo de la experiencia de las ANC y de la DGCOMP en la aplicación del Reglamento

27. Caso C/198/01 *Consorzio Industrie Fiammiferi (CIF) and Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*.

28. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo Informe sobre el funcionamiento del Reglamento 1/2003. {SEC(2009)574}Bruselas 29-04-09. COM(2009) 206 final.

1/2003, que quedaron recogidas en el Staff Working Paper²⁹ de acompañamiento. En este año 2009 el Plenario decidió realizar un boletín de noticias sobre la ECN, ECN Brief, centradas en la actividad de sus miembros en relación con la aplicación de los artículos 101 y/o 102 del TFUE y que pudiese recoger tanto casos de aplicación de las normas de competencia como novedades, relacionadas con normativa, promoción y otros, que puedan ser relevantes para terceros interesados en la actividad de la ECN. El primer número se publicó en la web de la DGCOMP³⁰ en enero de 2010. La frecuencia acordada para la publicación es de cinco boletines al año.

En 2010 la Comisión informó a los miembros de la ECN sobre su iniciativa de llevar a cabo un estudio sobre lo establecido en el artículo 3 del Reglamento 1/2003. El mencionado artículo en su apartado 2 permite a las ANC, en el análisis de lo que se refiere a las conductas unilaterales,³¹ ir con la aplicación de la normativa nacional más allá del artículo 102 del TFUE. El estudio surge de los comentarios recibidos a raíz de la elaboración del informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo Europeo sobre la aplicación del Reglamento 1/2003. También se informó a las ANC sobre la propuesta de normativa para las reclamaciones colectivas por infracción de una norma de la Unión Europea (llamado Recurso Colectivo)³² de las tres Direcciones Generales de la Comisión Europea, Salud y Política de Consumidores, Competencia y Justicia.

3.3 Mergers Group

Es el grupo más joven, creado en enero de 2010. El grupo surge de la voluntad de los DG sobre la conveniencia de una mayor cooperación y, por lo tanto, convergencia en el análisis de concentraciones, especialmente de las de carácter multijurisdiccional, es decir, susceptibles de tener efectos en más de un Estado miembro. Aunque no está dentro de las atribuciones de la ECN, el grupo se beneficia de la experiencia y los métodos de trabajo de la red e informa directamente a la reunión de DG. Co-presidido por la DGCOMP y dos ANC (establecidas por turnos rotativos –en la actualidad Alemania e Irlanda–), está formado por representantes de

29. Commission Staff Working Paper accompanying the Communication from the Commission to the European Parliament and Council. Report on the functioning of Regulation 1/2003 [COM(2009)206 final]

30. <http://ec.europa.eu/competition/ecn/brief/index.html>

31. «2. La aplicación del derecho nacional de la competencia no podrá resultar en la prohibición de los acuerdos, decisiones o asociaciones de empresas o prácticas concertadas y que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros pero no restrinjan la competencia en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del Tratado, o que reúnan las condiciones del apartado 3 del artículo 81 del Tratado. Lo dispuesto en el presente reglamento no impedirá a los Estados miembros adoptar y aplicar en sus respectivos territorios legislaciones nacionales más estrictas en virtud de las cuales se prohíban o penalicen con sanciones determinados comportamientos que las empresas adopten de forma unilateral.»

32. http://ec.europa.eu/competition/consultations/2011_collective_redress/index_en.html

las ANC, de la DGCOMP y observadores de las autoridades de competencia del Espacio Económico Europeo (EEE), todos ellos expertos en concentraciones.

Además de compartir experiencia en el análisis de las concentraciones empresariales, el grupo está finalizando (a la fecha de redacción de este artículo) un texto de Buenas Prácticas en cooperación para concentraciones en casos multijurisdiccionales «*Draft Best Practices for Cooperation in Merger Review*», que fue sometido a consulta pública³³ a finales de abril de 2011. Dirigido a las partes notificantes de una concentración y otros interesados, la finalidad del documento es potenciar y facilitar el intercambio de información entre las Autoridades de Competencia de la Unión Europea en casos de concentraciones que deben ser analizados por varias autoridades, pero que no son susceptibles de ser analizados por DGCOMP. Las Buenas Prácticas declaran que facilitar la cooperación entre las Autoridades de Competencia redundará en las partes que se beneficiarán de la coherencia de las decisiones al respecto.

3.4 Grupos ECN

3.4.1 *Cartels: practice and policy*

En 2005, eran 19 las autoridades de competencia de la ECN que disponían de programas de clemencia. La discusión del grupo en ese año se centró fundamentalmente en el debate sobre el procedimiento para las declaraciones orales de los solicitantes de clemencia.

El Programa Modelo de Clemencia³⁴ es el documento final, aprobado por los DG en septiembre de 2006, que recoge dos años de trabajo del grupo de Carteles de la ECN. El documento acordado no es vinculante para las Autoridades de Competencia, pero subraya el compromiso de estas de hacer todo lo posible para acomodar sus respectivos programas a las previsiones del Programa Modelo de Clemencia. A grandes rasgos, su finalidad es facilitar a los solicitantes de clemencia la realización de las solicitudes y la posibilidad de predecir la aceptación de las mismas, en casos que afectarían a más de tres Estados miembros.

Tres años después de la publicación del Programa Modelo de Clemencia, el grupo cooperó activamente en la elaboración del informe sobre su cumplimiento que finalmente se publicó el 13-10-2009,³⁵ tras su aprobación por los DG. El informe revisa en detalle la convergencia de las distintas normativas de clemencia

33. http://ec.europa.eu/competition/consultations/2011_merger_best_practices/index_en.html.

34. El documento aparece publicado en inglés, francés y alemán en la página de la Dirección General de Competencia de la Comisión Europea en el apartado de la ECN, en la siguiente dirección: <http://ec.europa.eu/competition/ecn/documents.html>

35. El documento aparece publicado en inglés en la página de la Dirección General de Competencia de la Comisión Europea en el apartado de la ECN, en la siguiente dirección: http://ec.europa.eu/competition/ecn/model_leniency_programme.pdf

en temas como los tipos de solicitantes excluidos de la inmunidad, el llamado sistema de «*markers*», la posibilidad de presentación de solicitudes abreviadas y orales y las condiciones para conseguir la clemencia. En cualquier caso, el informe, deja clara la necesidad de continuar trabajando por una mayor convergencia en los programas de clemencia.

En la actualidad el grupo continúa sus trabajos, centrándose en la armonización de los programas de clemencia, en la cooperación práctica entre autoridades en determinados aspectos en la persecución de los cárteles, y en la cooperación en la aplicación de los programas de clemencia.

3.4.2 *Chief Competition Economists*

El Plenario de la ECN decidió su creación en junio de 2005. La finalidad del grupo es compartir experiencia técnica y mejorar la comprensión de las herramientas de la ciencia económica, como las econométricas y los modelos de simulación, entre otras, al análisis en materia de aplicación de las normas de competencia. El estrecho contacto entre economistas, especialistas en la materia procedentes de las distintas ANC y de la DGCOMP facilita el uso coherente de dichas herramientas. El grupo está presidido por la DGCOMP y formado por los economistas jefes de las ANC, o economistas de la mismas, en caso de que no tengan dicha figura entre su personal.

El grupo se reúne dos veces al año y suele incluir en sus agendas cuatro grupos de temas.

El primero centrado en casos, tanto de las ANC como de la DGCOMP, sobre el análisis económico de distintas infracciones: abuso de posición de dominio, cártel, concentraciones. También han tratado el uso de herramientas econométricas en el establecimiento del mercado relevante.

El segundo tipo de temas son los llamados debates de política de competencia como, por ejemplo, las restricciones verticales, siempre desde el punto de vista económico.

El tercer tipo de temas recibe el nombre de temas metodológicos que se centran, por ejemplo, en la recopilación y el uso de evidencias de tipo económico, las técnicas cuantitativas en el análisis de competencia, el uso de sondeos como herramienta de investigación, y la evaluación *ex-post* de intervenciones en política de competencia.

El cuarto tipo de temas suele dedicarse a presentaciones de académicos economistas de renombre. Hasta la fecha los temas expuestos han sido muy diversos; entre ellos podemos citar los incentivos a la inversión en los llamados «*two-sided markets*» y las «*hard cord restrictions*» mencionadas en el Reglamento de exención por categorías de acuerdos verticales.

3.4.3 *Cooperation Issues & Due Process*

El 1 de mayo de 2004, no solo entró en vigor el Reglamento 1/2003 que cambiaba el procedimiento de aplicación de las normas de competencia de la Unión Europea por las ANC y por la Comisión, sino que también entraban a formar parte de la Unión Europea diez nuevos Estados miembros.³⁶ Para facilitar una transición al nuevo sistema de aplicación de las normas de competencia europeas por los nuevos entrantes y por los ya miembros de la Unión Europea, la ECN, también recién establecida, vio la necesidad de crear un grupo que tratase temas de procedimiento, inicialmente enfocado a facilitar la transición al nuevo sistema de análisis de las cuestiones de competencia por las ANC.

Así surgió el llamado Grupo de trabajo en cuestiones transitorias o Transitional Issues, copresidido por Alemania y Hungría, con vocación de tratar los nuevos temas procedimentales a los que se enfrentaban los miembros de la red ECN. Cuestiones como la interpretación del artículo 12, relativo al intercambio de información, los casos notificados para autorizaciones y su resolución tras la supresión del régimen de autorizaciones en la Comisión y en algunas ANC, el estudio de la convergencia en la normativa en materia de competencia entre las de las distintas ANC y el Reglamento 1/2003, y la puesta en práctica de las notificaciones establecidas en el artículo 11 del Reglamento 1/2003 (notificación de casos a la ECN), fueron los primeros temas acometidos por el grupo.

En 2006 el grupo, una vez superados los llamados temas transitorios, cambia de nombre y pasa ser el grupo de temas de cooperación, Cooperation Issues. Desde entonces sus temas de trabajo se centran en aspectos relativos a la cooperación práctica entre los miembros de la ECN, como la cooperación en investigaciones sectoriales, la asistencia mutua en aplicación del artículo 22 del Reglamento 1/2003, el trabajo del Comité consultivo, previsto en el artículo 14 del Reglamento 1/2003, y las informaciones tempranas en casos de clemencia. También trabajó el concepto de efectos en el comercio intracomunitario, basado en la experiencia recabada de las ANC y en la comunicación de la Comisión al respecto.³⁷ El grupo, de forma continua, lleva otros temas como la mejora y revisión de las distintas herramientas de comunicación entre los miembros de la ECN y colabora con la unidad ECN de la DGCOMP en la elaboración del ya mencionado boletín de noticias ECN Brief.

En 2010 el grupo vuelve a modificar su nombre para añadir el término procedimiento equitativo o Due Process, siendo su nombre actual Cooperation Issues and Due Process. La razón es recoger en su nombre la actualidad de sus trabajos en temas de convergencia de los procedimientos en la aplicación de las normas de competencia, de las ANC y de la Comisión.

36. Chipre, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania, Malta, Polonia y República Checa.

37. Comunicación de la Comisión: Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 del Tratado. DOUE C 101 de 27-04-2004.

3.4.4 *Forensic IT*

El grupo comparte experiencia y debate procedimientos centrados en el análisis forense y en el uso otras herramientas informáticas para las inspecciones, realizadas en la aplicación de las normas de competencia. Los temas que tratan tienen un doble enfoque, el legal y el técnico, y por lo tanto acuden expertos de las ANC en ambas áreas dependiendo de la agenda previa de cada reunión. Su actividad como grupo de la ECN es reciente, aunque el grupo está trabajando desde 2003.

3.5 Subgrupos ECN (grupos sectoriales)

3.5.1 *Energy*

El grupo se crea en 2004 como foro para la discusión de cuestiones esenciales en el sector de la energía para la aplicación uniforme de las normas de competencia en el mismo. El foro, además de con expertos en el sector y en defensa de la competencia, ha contado con reguladores del sector e incluso ha tenido reuniones de alto nivel. En concreto en septiembre de 2004, organizó una reunión de alto nivel para los DG, a la que también se invitó a los reguladores nacionales.

La primera reunión de nivel técnico, en diciembre de ese mismo año, aprobó el plan de trabajo del grupo, que se centraría en los mercados del gas y de la electricidad, sin intención de excluir totalmente otros mercados. También abordaron dos temas concretos, uno de ellos partiendo del documento elaborado por la DGCOMP sobre contratos a largo plazo en los productos derivados del gas. Y el otro tema, tratado en el grupo, fueron los estudios en el sector, principalmente centrados en gas y electricidad, para cuya discusión también comenzaron por el análisis de otro documento al respecto elaborado por la DGCOMP.

En 2007 en el grupo tuvo lugar un interesante debate sobre remedios, tema discutido en el foro conjuntamente con representantes de los reguladores nacionales.

Recientemente el grupo ha cambiado su sistema de trabajo. En 2010 el grupo organizó sus reuniones en formato *workshop* para tratar temas específicos de competencia en los mercados energéticos. El mencionado sistema facilitó el intercambio de experiencia entre las ANC y la DGCOMP en temas concretos y permitió tratarlos con mayor profundidad, pues se vieron en detalle casos llevados por las ANC o por la propia DGCOMP. Las ANC tuvieron un papel muy activo en los *workshops*, donde sus expertos presentaron sus casos con sus distintas especificaciones técnicas, y de ahí surgió el debate con el fin de dar lugar a un enfoque y entendimiento común en materia de competencia en dichos mercados.

3.5.2 *Environment*

El grupo inicia su trabajo en 2005 analizando los posibles problemas de competencia que surgirían de las nuevas obligaciones a las que quedarían sometidas determinadas empresas, por sus actividades relacionadas con la nueva normativa comunitaria en materia de medio ambiente.³⁸ El ejercicio, además de un enfoque común, facilitaría pautas en la tarea de promoción de la competencia a la hora de la trasposición de las directivas o de la aplicación de la normativa derivada.

El grupo se volvió a reunir de nuevo a finales de 2010 para compartir la experiencia de las ANC y de la Comisión en la aplicación de las normas de competencia a casos concretos en mercados relacionados con el medioambiente y su protección.

3.5.3 *Banking and Payments / Financial Services*

El grupo ha sido especialmente activo en los años 2008, 2009 y 2010 en los que ha tenido lugar una intensa cooperación en el análisis de casos, así como en el intercambio de conocimientos.

El grupo ha tenido dos áreas principales de actividad, que son los casos (tanto nacionales como de la DGCOMP) relacionados con las tasas multilaterales de intercambio (MIF), pagos interbancarios establecidos de manera conjunta para ser cargados en cada operación dentro de la red de tarjetas de pago. Y el segundo tema ha sido la llamada Área Europea Única de Pago o SEPA (Single Euro Payments Area).

Sobre los casos MIF, las ANC han sido informadas puntualmente por la DGCOMP sobre la situación de su procedimiento en los casos relacionados con Visa y Mastercard. Esos casos no hacen referencia a los casos en los Estados miembros en los que las MIF se fijan por las asociaciones nacionales de bancos que operan en dichos sistemas. Los miembros del grupo también han tratado en sus reuniones de herramientas económicas relevantes para dichos casos como el llamado «test del turista».

Respecto al SEPA, iniciativa de autorregulación del sector bancario europeo que pretende una zona europea única de pagos, que asegure que las transacciones transfronterizas sean tan sencillas como las domésticas, en el grupo se ha tratado en particular el débito directo SEPA (SDD) enfocándose, entre otros, en si una MIF por transacción SDD debe ser acordada o no.

Todo ello sigue siendo tema de estudio y debate del grupo.

38. En especial la puesta en práctica de las directivas siguientes: la Directiva 94/62/CEE relativa a los Envases y residuos de Envases, la Directiva 2000/53/EC relativa a la gestión de residuos de vehículos al final de su vida útil y la Directiva 2002/96/EC sobre residuos eléctricos y de equipos electrónicos (Directiva WEEE).

Una segunda vertiente del grupo, más reciente, son los Financial Services que tratan temas de competencia en dichos servicios como pueden ser valores, clearing y otros mercados que trata la Directiva MiFID³⁹ (Markets in financial Instruments Directive).

3.5.4 Food

El grupo pretende desarrollar un enfoque común a las cuestiones de competencia en el sector agroalimentario.

Activo desde 2005, en 2008 llevó a cabo un análisis sobre los llamados «sticky retail prices»⁴⁰ en los alimentos.

El 5 de octubre de 2009 se creó, en el marco de la Unión Europea, el High Level Group on Milk por iniciativa del Comisario de Agricultura y Desarrollo Rural, que reunía a representantes de alto nivel de los ministerios, de los Estados miembros, responsables del sector lácteo y de otros departamentos de la Comisión Europea, entre ellos de la DGCOMP. Esta última sugirió crear un subgrupo dentro del Grupo ECN Food para tratar también los temas relativos a la competencia y el sector lácteo, y propuso que de entre los miembros del subgrupo se nombraran a dos representantes del mismo para asistir, junto con la DGCOMP, a las reuniones del High Level Group on Milk, a fin de poder informar al resto de los miembros del subgrupo sobre los debates del grupo de alto nivel. Los representantes nombrados fueron uno de la ANC francesa y otro de la ANC alemana.

La discusión del grupo ECN Food a finales de 2009 se centró en los temas de competencia incluidos en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las Regiones para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria en Europa⁴¹ y en los documentos de acompañamiento.⁴²

El grupo sigue analizando las posibles consecuencias que, en materia de competencia, pueden tener las recomendaciones del mencionado grupo de alto nivel en el sector lácteo, y otras iniciativas en normativa, así como la actualidad agroalimentaria y posible reforma de la PAC, todo ello en relación con las normas de competencia.

39. Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, por la que se modifican las Directivas 85/611/CEE y 93/6/CEE del Consejo y la Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga la Directiva 93/22/CEE del Consejo. DOUE L 145 30-04-2004.

40. *Sticky prices* se podría definir brevemente como precios que no reflejan de manera inmediata la variación de los costes que los componen.

41. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones - Mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria en Europa {SEC(2009) 1445} {SEC(2009) 1446} {SEC(2009) 1447} {SEC(2009) 1448} {SEC(2009) 1449} {SEC(2009) 1450} /* COM/2009/0591 final */

42. Commission Staff Working Document - Competition in the food supply chain Accompanying document to the Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions - A better functioning food supply chain in Europe {COM(2009) 591 final}

También han sido presentadas en el grupo las actuaciones de diversas ANC en aplicación de las normas de competencia, en materia de promoción de la competencia, y en la realización de investigaciones o estudios, todo ello en el sector agroalimentario.

3.5.5 Pharmaceuticals and Healthcare

En enero de 2008 la Comisión inició una investigación sectorial en el sector farmacéutico⁴³ en respuesta a algunos indicios, según los cuales la competencia en el mercado de productos farmacéuticos en la Unión Europea no funcionaba adecuadamente, manifestados por el declive en la innovación, reflejados en el número cada vez menor de medicamentos nuevos que llegaban al mercado cada año, y por los casos de retraso de la entrada en el mercado de genéricos.

Durante 2008 y 2009, las reuniones del grupo se centraron en la mencionada investigación sectorial, que finalizó y publicó sus resultados el 8 de julio de 2009. En 2010 el trabajo del grupo se enfocó más en concreto en la discusión de casos de las ANC y de la DGCOMP, y en el análisis de las sentencias que en materia de competencia, en dicho sector, han dictado los Tribunales de la Unión Europea. El grupo también tiene intención de tratar temas de competencia en el sector de servicios y productos sanitarios.

3.5.6 Telecoms

En 2005 el grupo de Telecomunicaciones se centró en la conducta abusiva de precios predatorios en el mercado de las telecomunicaciones. Desde entonces ha habido una cooperación estrecha entre los miembros de la ECN para la aplicación coherente de las normas de competencia en el sector, tratando diversos temas y compartiendo experiencia en distintos casos.

3.5.7 Transport

En 2004 el grupo trató el tema de la situación del proceso de liberalización del sector del transporte ferroviario en los distintos Estados miembros, siempre buscando la coherencia con el cumplimiento de las normas de competencia.

43. Ver comunicado de prensa de la DGCOMP de 18.3.2008.

<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/08/1997&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>

El grupo se reunió, a finales de 2010, para tratar, el caso de la Comisión sobre los acuerdos entre Iberia, British Airways y American Airlines 39596⁴⁴ resuelto en julio de 2010, y las novedades en la normativa de los distintos sectores del transporte, incluidos los reglamentos de exención por categoría vigentes y las directrices.⁴⁵

3.5.8 *Media + Sports*

El grupo se reactiva en 2011 tratando la normativa o peculiaridades específicas de cada mercado en los distintos Estados miembros, así como compartiendo experiencias basadas en los casos recientes, de las ANC y de la DGCOMP, relacionados con el sector.

3.5.9 *Motor Vehicles*

En 2008, las ANC cooperaron, dentro este foro, con la DGCOMP aportando su experiencia en el debate para la modificación⁴⁶ del Reglamento de vehículos 1400/2002, de exención por categorías a acuerdos y prácticas en el sector de los vehículos a motor, que expiraba el 31 de mayo de 2010, y que la DGCOMP debía llevar a cabo. La DGCOMP debatió, en el foro del grupo de vehículos a motor de la ECN, entre otros, el resultado de la consulta pública sobre su informe de aplicación del Reglamento⁴⁷ previo a la modificación del mismo y a la publicación de directrices (la modificación del Reglamento se llevó a cabo según el procedimiento establecido de consulta al Comité consultivo y aprobación definitiva por el Colegio de Comisarios). El grupo sigue activo compartiendo experiencias en la aplicación de las normas de competencia en dicho sector.

44. http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/index.cfm?fuseaction=dsp_result&policy_area_id=1,2,3&case_number=39596

45. Reglamento (CE) n° 906/2009 de la Comisión, de 28 de septiembre de 2009, sobre la aplicación del artículo 81, apartado 3, del Tratado a determinadas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas entre compañías de transporte marítimo de línea regular (consorcios) DOUE L 256 de 29/09/2009. Directrices sobre la aplicación del artículo 81 del Tratado CE a los servicios de transporte marítimo DOUE C245 de 26/09/2008.

46. Reglamento (UE) n° 461/2010 de la Comisión, de 27 de mayo de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas en el sector de los vehículos de motor. DOUE n° L 129 de 28/05/2010. Reglamento (CE) n° 1400/2002 de la Comisión, de 31 de julio de 2002, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas en el sector de los vehículos de motor. DOUE n° L 203 de 01/08/2002 (de aplicación hasta 31-05-2013). Directrices suplementarias relativas a las restricciones verticales incluidas en los acuerdos de venta y reparación de vehículos de motor y de distribución de recambios para vehículos de motor. DOUE C138, 28.5.2010, p.16.

47. El informe completo se puede encontrar en: http://ec.europa.eu/comm/competition/sectors/motor_vehicles/documents/evaluation_report_es.pdf.

PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA Y AYUDAS PÚBLICAS: EL PAPEL DE LA AUTORIDAD NACIONAL DE LA COMPETENCIA¹

JUAN ESPINOSA GARCÍA²

JUAN M. CONTRERAS DELGADO DE COS³

1. Introducción

El sistema de control de ayudas de Estado instaurado por los tratados comunitarios se caracteriza por dos elementos básicos: por un lado, la notificación obligatoria a la Comisión Europea de los proyectos de ayuda que puedan presentar una afectación a la competencia intracomunitaria, lo que lleva aparejado la suspensión de la ejecución de la ayuda hasta la autorización, en su caso, por aquella; por otro, la fijación de criterios de compatibilidad o legalidad de las mismas con arreglo al Derecho comunitario. La existencia de este sistema de control ha motivado que, en general, los legisladores nacionales no hayan atribuido a las autoridades nacionales de competencia funciones en este ámbito.

En España, la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, ya atribuía facultades en materia de ayudas públicas al extinto Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC), siendo reforzadas con la creación de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) por la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC). Dichas atribuciones, fundamentalmente de carácter consultivo, de formulación de propuestas y de seguimiento estadístico se han visto condicionadas, sin embargo, por una serie de circunstancias: primera, la existencia consolidada del mencionado sistema europeo de control, que atribuye un fuerte protagonismo a la Comisión Europea y en

1. Las opiniones expresadas en este artículo son de la exclusiva responsabilidad de sus autores, sin que en ningún caso puedan ser atribuidas a la Comisión Nacional de la Competencia.

2. Subdirector de Relaciones con las Administraciones Públicas de la CNC.

3. Subdirector adjunto de Relaciones con las Administraciones Públicas de la CNC.

menor medida a los órganos jurisdiccionales, comunitarios y nacionales, en materia de control de ayudas públicas; segunda, la ausencia de un auténtico sistema nacional de control de legalidad de las ayudas públicas por parte de las autoridades de competencia nacionales y autonómicas; tercera, el hecho de que, a diferencia de las típicas atribuciones *antitrust* (control de conductas restrictivas de la competencia y control de concentraciones), en las que se cuenta con facultades resolutorias, las actuaciones de la CNC en materia de ayudas públicas no son vinculantes para las Administraciones que las otorgan, y por último, por qué no decirlo, las reticencias que desde los propios entes públicos concedentes de ayudas públicas se mantienen en relación con el ejercicio de funciones atribuíbles en esta materia a la propia autoridad nacional de competencia.

Existen en cambio buenas razones para defender, desde la perspectiva de las autoridades nacionales de competencia, la relevancia de las funciones de promoción de la competencia en materia de ayudas públicas.

En primer lugar, las ayudas públicas constituyen una forma de intervención pública en la economía que puede alterar el funcionamiento de los mercados introduciendo perjuicios al juego competitivo y a la eficiencia de los mismos que, en caso de resultar injustificados y desproporcionados, lejos de favorecer el interés público, van en su contra. Con estas actuaciones se trataría de evitar el intervencionismo injustificado por parte de los poderes públicos, que conduce, según demuestra la experiencia, a una reducción de la competitividad de las empresas, al debilitamiento de las economías y produce efectos negativos sobre los consumidores. En segundo lugar, la propia Comisión Europea ha señalado que el buen funcionamiento del sistema de control de ayudas de la Unión Europea depende en buena medida de que exista una responsabilidad compartida con los Estados miembros, sobre todo en lo relativo a la detección de posibles medidas de ayuda que no hayan sido objeto de notificación, según establece el propio Plan de Acción de ayudas estatales de la Comisión Europea.⁴ Y en tercer lugar, la existencia de dicho sistema europeo de control no agota todas las posibles ayudas que pueden afectar a la competencia en el ámbito interno español, como demuestra la existencia de las denominadas ayudas *de minimis*,⁵ es decir aquellas ayudas que por su escaso importe no afectan al comercio intracomunitario.

Desde su creación, la CNC ha venido desarrollando una serie de actuaciones en materia de ayudas públicas, procurando que los instrumentos que le ha atribuído el legislador resulten efectivos. La puesta en marcha de las mismas ha planteado para la CNC, las Administraciones concedentes y el resto de operadores interesa-

4. SEC (2005) 795-- COM (2005) 107 final.

5. Ayudas de *minimis* son aquellas cuyo volumen no supera un umbral económico determinado en un periodo de tres ejercicios fiscales: 7.500 € para el sector de la agricultura-ganadería, 30.000 € para el sector de la pesca-acuicultura y 200.000 € para el resto de sectores, si bien existen sectores excluidos de la aplicación de estos Reglamentos (sector carbón, empresas en crisis...). Como curiosidad cabe recordar que en julio de 2011 se ha aprobado un Real Decreto que crea un registro de ayudas de *minimis* en el sector de la pesca y la acuicultura por parte del Ministerio de Medio Ambiente, Medio Rural y Marino.

dos, una serie de dificultades y retos que, sin duda, seguirán estando presentes a corto plazo.

Este artículo pretende contextualizar el momento en que actualmente nos encontramos, partiendo de la configuración legal existente, tan limitadora en ciertos aspectos como posibilista en otros. En base a ello se analizan las posibilidades que dicho marco legal proporciona y que, lejos de ser residuales, pueden llegar a constituir relevantes mecanismos de control de esta forma de intervencionismo público.

A lo largo de las siguientes páginas se va a realizar un recorrido por las principales funciones y actuaciones que desde la aprobación de la LDC han sido realizadas por la CNC en materia de ayudas públicas, relacionándolas seguidamente con las líneas estratégicas que a nuestro juicio pueden contribuir a consolidar la posición de la CNC como institución de verdadero valor añadido en la materia.

Finalmente, nos detendremos de una manera muy particular en la revisión jurisdiccional de las ayudas públicas que, sin presentar afectación al mercado intracomunitario, pueden ser restrictivas de la competencia, campo en el que merecen especial comentario las facultades, aún por explorar, que tienen tanto la CNC como las autoridades de competencia autonómicas.

2. Funciones de la CNC en materia de ayudas públicas

Las funciones que la LDC atribuye a la CNC en materia de ayudas públicas se recogen el art. 11 de la LDC y en los art. 7 y 8 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC). Estas son, por un lado, de carácter consultivo y de formulación de propuestas en base a un análisis desde el punto de vista de competencia y, por el otro, de seguimiento estadístico en relación con las ayudas concedidas en nuestro país.

2.1 Actuaciones analíticas

La normativa actualmente vigente cuenta con interesantes mecanismos para permitir que la CNC realice un análisis crítico de las ayudas desde la óptica de competencia. Dentro de las *funciones de carácter consultivo y de formulación de propuestas*, la CNC puede analizar los criterios de concesión de las ayudas públicas en relación con sus posibles efectos sobre el mantenimiento de la competencia efectiva en los mercados. Los informes que en su caso emita podrán versar tanto sobre los regímenes de ayudas como sobre las ayudas individuales.

En relación con esta labor de análisis, la LDC no regula un sistema que, como el comunitario, recoja los supuestos en que las ayudas deben ser consideradas contrarias (incompatibles) al ordenamiento jurídico nacional por producir efectos perjudiciales para la libre competencia. En este sentido, no se puede compartir la

opinión de una corriente doctrinal⁶ que señala que como consecuencia de ello es difícil considerar que la CNC pueda ejercer un papel protagonista en esta materia. Acertada o desacertadamente el legislador no ha querido que la autoridad de competencia ejerza un control directo de la legalidad de las ayudas públicas, pero ello no es obstáculo para que de una forma permanente y continuada la CNC haya ido construyendo un cierto corpus jurídico-económico de principios de análisis.

Dentro de estas actuaciones de carácter eminentemente analítico, debemos referirnos en primer lugar a los *Informes anuales de ayudas públicas*, en los cuales, aparte de las correspondientes secciones de memoria y estadística, se incluye otra de análisis divulgativo-sectorial cuyo contenido cambia en cada edición.

En segundo lugar, hemos de aludir a los *Informes específicos o puntuales de ayudas públicas*, que por el tipo de cuestiones sobre las que se centran se pueden categorizar en aquellos que pretenden analizar una medida en cuestión por si la misma es susceptible de ser calificada como ayuda de Estado de cara a su notificación a la Comisión Europea⁷ y aquellos que vienen a realizar un juicio específico de razonabilidad y proporcionalidad de la medida de ayuda analizada.⁸ Y en algún caso adicional, la CNC ha venido a pronunciarse sobre Comunicaciones o Directrices planteadas por organismos reguladores españoles⁹ en materia de ayudas públicas sectoriales.

Por último, debemos referirnos a una serie de actuaciones de asesoramiento y asistencia que realizan los servicios técnicos de la CNC (en particular, la Dirección de Promoción de la Competencia), cuyo contenido no es público, al no constituir pronunciamientos formales del Consejo de la CNC, si bien constituyen una importante parte en la carga de trabajo de dicha Dirección. Estas se pueden clasificar en:

— *Notas de observaciones a proyectos de ayudas de Estado remitidos por el órgano responsable de la notificación de la medida a la Comisión Europea (Ministerio*

6. Esta postura crítica sería, entre otros autores, la de FERNÁNDEZ FARRERES, G. «Comentarios a la Ley de Defensa de la Competencia», Thomson-Aranzadi. Madrid 2008. Una posición intermedia al respecto sería la defendida por RODRÍGUEZ MIGUEZ, J.A. «Las ayudas públicas en la nueva Ley de Defensa de la Competencia», *Noticias de la UE Wolters Kluwer* 2010 y BUENDÍA, J.L. «El control de las ayudas de Estado», *Diario Expansión*, 6 de julio de 2007.
7. Un buen ejemplo de este tipo de informes sería el IPN 33/09 sobre el Real Decreto de procedimiento de resolución de restricciones por garantía de suministro, donde se efectuaba una valoración de si la medida en cuestión (ayudas a productores de carbón y a productores de energía eléctrica mediante centrales de carbón autóctono) debía ser objeto de notificación a la Comisión Europea, circunstancia que en tal momento no se había producido y que fue objeto de recomendación desde la CNC. Está disponible en la página web www.cncompetencia.es.
8. En este caso, el mejor ejemplo es el IPN 40/10 sobre el Proyecto de Real Decreto de compensaciones por transporte de mercancías a las Islas Canarias. En el mismo se llega a la conclusión de que las razones alegadas por el órgano proponente no justificaban desde el punto de vista de competencia su puesta en práctica. Está disponible en la página web www.cncompetencia.es.
9. Sería el caso del IPN 42/10 sobre el Anteproyecto de Circular de la CMT, por el que se regulan las condiciones de exploración de redes y la prestación de servicios de comunicación electrónicas por las Administraciones Públicas. Está disponible en la página web www.cncompetencia.es.

de Asuntos Exteriores y Cooperación). En el análisis de estas medidas se suelen suscitar dos tipos de cuestiones: además de una evaluación meramente formal de si la medida efectivamente reúne los elementos para su consideración de ayuda de Estado y de su compatibilidad con el Derecho comunitario dado que se trata de dos funciones que serán desarrolladas posteriormente por los servicios de la Comisión Europea, se plantean, en su caso, observaciones a los criterios de concesión de las mismas o se solicitan aclaraciones de ciertos aspectos que pudieran presentar riesgos de afectación a la competencia.

- *Notas de observaciones a proyectos de ayudas remitidos por la Secretaría de Estado de Economía del Ministerio de Economía y Hacienda.* En este ámbito, si bien las observaciones que se suelen plantear en líneas generales coinciden con las mencionadas para los proyectos de ayudas de Estado del Grupo de Ayudas de Estado de la Comisión Interministerial para Asuntos de la Unión Europea (existencia y compatibilidad de la ayuda, criterios de concesión, otras aclaraciones), se refuerza la evaluación de si la medida efectivamente reúne los elementos para su consideración de ayuda de Estado, dado que en este caso se trata de medidas que normalmente no van a ser objeto de notificación a la Comisión Europea, por lo que si dicha evaluación no es realizada por esta autoridad difícilmente la Comisión Europea llegará a realizarla.
- *Notas de respuesta a consultas efectuadas por entes públicos y privados:* en este caso se responde a consultas planteadas por entidades públicas y privadas en las que se dilucidan cuestiones relativas a ayudas públicas. En ocasiones, como consecuencia de la información ofrecida por los entes consultantes, se ha decidido efectuar una investigación de mayor calado que la planteada en la propia consulta, por lo que al mismo tiempo se trata de una fuente de información relevante.

2.2 Funciones de seguimiento estadístico

Dentro de las *funciones propias del seguimiento estadístico de las ayudas públicas*, las atribuciones de la CNC pueden dividirse en dos grupos.

Por un lado, la relativa a la inclusión en el informe anual de una parte que contenga las *estadísticas más relevantes sobre las ayudas públicas concedidas* en nuestro país. Su fuente de información más destacada proviene de los cuadros enviados a la Comisión Europea por el Reino de España como consecuencia de la obligación recogida en el art. 21 del Reglamento 659/99 del Consejo, por el que se establecen disposiciones de aplicación del antiguo art. 93 del Tratado de la Comunidad Europea y en los art. 5 a 7 del Reglamento 794/04, por el que se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento anterior. Estos cuadros son solicitados cada año a los dos departamentos ministeriales encargados de centralizar su recogida,

el Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino para las ayudas a la agricultura, ganadería y pesca y el Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación para el resto de ayudas.

La información contenida en estos cuadros se refiere a las ayudas de Estado notificadas así como a las ayudas sujetas a Reglamentos de exención concedidas en la anualidad en cuestión, siendo utilizada por la Comisión Europea para elaborar los denominados Marcadores de Ayudas de Estado, publicados en el otoño del año en curso (año x) pero recogiendo los datos de ayudas de todos los Estados miembros de la Unión Europea del año anterior (año x-1). Además, para evitar la duplicidad y atendiendo al diferente prisma e interés que tienen estos datos para la Comisión Europea y para la CNC, el detalle de los datos que se recoge en el informe anual de la CNC es diferente del que se recoge en los cuadros del Marcador de ayudas de la Comisión Europea.

La realización de estos informes ha permitido tomar conciencia de la importancia¹⁰ de este instrumento de política económica y su incidencia en proporción al PIB nacional, realizándose una descripción de los objetivos y sectores más relevantes y efectuándose una comparativa con el resto de Estados miembros de la Unión Europea. No obstante, las limitaciones existentes en las posibilidades de recogida de información de estas ayudas motivan que no resulte posible, hasta el momento, que en el volumen de ayudas recogido se incluyan las denominadas *ayudas de minimis*.

Por otro lado, es de destacar la creación y puesta en funcionamiento de un *centro informativo telemático de las ayudas públicas nacionales*. A través del mismo, disponible en la página web de la CNC (www.cncompetencia.es), se puede realizar una consulta de las ayudas de las Administraciones españolas publicadas en diarios oficiales que han sido objeto de notificación a la Comisión Europea así como de las ayudas exentas de notificación previa, comenzando la serie en el año 2008. Con esta herramienta, complementaria¹¹ de las que facilita la Comisión Europea en su propia página web, se pretende contribuir a mejorar la accesibilidad de dicha información para agentes, empresas y particulares interesados.

En otro orden de cosas, es relevante mencionar que para el ejercicio de estas funciones la LDC establece dos *mecanismos de información* desde los órganos concedentes de ayudas hacia la CNC: por un lado, la obligación del órgano¹² respon-

10. Según reflejan los diversos IAAP publicados por la CNC, el volumen de ayudas concedido en España fue de 5.371 millones de euros (M€) en el año 2007, 6.170 M€ en 2008 y 13.183 M€ en 2009. En este último año, este volumen de ayudas representa el 1,25 % del PIB nacional. Analizando esta tendencia alcista se puede observar el efecto que la crisis económica y financiera viene produciendo sobre la economía española desde el año 2007.

11. La CNC incluye también la documentación nacional de referencia, por ejemplo facilitando un vínculo a la norma de concesión.

12. Este mecanismo de información ha sido valorado positivamente por la doctrina: entre otros, por ARPIO SANTACRUZ, J. «Las ayudas públicas y la actividad normativa de los poderes públicos en el APLDC de 2006», Documento de trabajo nº 20 IUEE-Universidad Sana Pablo CEU Madrid 2006; ODRIOZOLA, M. «Manual sobre la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia», Madrid 2008.

sable de la notificación a la Comisión Europea (Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación) de comunicar a la CNC¹³ los proyectos de ayudas de Estado, así como las ayudas públicas concedidas al amparo de reglamentos comunitarios de exención y los informes anuales recogidos en el artículo 21 del Reglamento (CE) nº 659/1999 del Consejo, de 22 de marzo de 1999, en el momento de su notificación a la Comisión Europea; por otro, la posibilidad de que la CNC solicite información acerca de cualquier otra ayuda no notificada o comunicada a las autoridades comunitarias. A este respecto, cabe recordar que en virtud del art. 39 de la LDC y del art. 10.2 del RDC, el destinatario de dicho requerimiento está obligado a proporcionar en plazo la documentación que le sea solicitada y que pueda ser necesaria para ejercer su labor de promoción de la competencia efectiva en los mercados.

2.3 Dificultades y beneficios para los distintos agentes derivados del desarrollo de estas funciones por parte de la CNC

Las funciones que se acaban de exponer plantean una serie de retos tanto para la propia institución como para el resto de operadores implicados (Administraciones Públicas, tribunales, empresas, abogados...).

En primer lugar, suponen un reto para la propia CNC, por cuanto debe saber transmitir al resto de operadores que la labor que desarrolla en materia de ayudas es relevante y resulta perfectamente compatible con el sistema de control de ayudas europeo. Cabe recordar aquí de nuevo la responsabilidad compartida de la que habla el Plan de Acción de ayudas estatales de la Comisión Europea. En base a ella el buen funcionamiento del sistema dependerá del grado de implicación de las autoridades nacionales, que pueden tener un mejor conocimiento de las circunstancias en que se ha concedido la ayuda y de los condicionantes específicos del mercado relevante directamente afectado. Pero tampoco cabe obviar otro elemento aún más relevante, que es la propia existencia de ciertas ayudas (*ayudas de minimis*), directamente excluidas del juicio realizado por las autoridades comunitarias y el inestimable papel que se puede desempeñar evaluando las mismas desde una perspectiva nacional.

En segundo lugar, no debe desconocerse que el adecuado ejercicio de las funciones señaladas por parte de la CNC puede suponer una cierta contrariedad para las distintas Administraciones Públicas españolas, para las cuales implica una carga adicional responder a las exigencias de justificar la concesión de ayudas o el diseño

13. Por mandato legal, se establece que la CNC habilitará los mecanismos de información y comunicación necesarios para que la información recibida esté a disposición de los órganos de Defensa de la Competencia de las Comunidades Autónomas. En concreto, se ha utilizado la Red Española de Competencia (REC) que agrupa a todas estas autoridades para facilitar dicho acceso, comprometiéndose los usuarios de dicha red a respetar en todo momento la cláusula de confidencialidad de la información obtenida.

concreto de las mismas que en ocasiones les demanda la CNC. Pero la CNC debe esforzarse en transmitir a las mismas el hecho de que la aplicación de un riguroso análisis de competencia a la ayuda —al igual que al resto de proyectos regulatorios— es fundamental no solo para garantizar un efecto mínimamente distorsionador sino también para aproximarse a una gestión más eficiente de sus propios recursos públicos.

En tercer lugar, existe un reto importante para las autoridades autonómicas de competencia, que hasta el momento no han mostrado excesivo interés en desarrollar funciones en materia de ayudas públicas. Una interpretación demasiado rigurosa ha precisado que sus propios estatutos de creación no le atribuyen competencias al respecto, si bien en general dichos estatutos contemplan el ejercicio de actuaciones en materia de promoción de la competencia, entre cuyas actuaciones nada impediría que se pudiera realizar una labor de análisis en materia de ayudas públicas.

Este escaso interés se manifiesta, entre otros casos, en que la posibilidad recogida en el art. 11.5 de la LDC en virtud de la cual las autoridades autonómicas podrían elaborar informes sobre las ayudas públicas concedidas por las Administraciones autonómicas o locales en su respectivo ámbito territorial —remitiéndose a la CNC a los efectos de su incorporación al informe anual de ayudas de la CNC— todavía no ha sido utilizado por parte de aquellas. Por otro lado, el creciente número de ayudas de Estado provenientes del ámbito autonómico proporciona una idea de hasta qué punto sería interesante que las autoridades autonómicas de competencia se decidieran a ejercer esta labor.

Por último, y tal como desarrollaremos posteriormente en el apartado IV, también cabe hablar de un reto para el resto de operadores económicos afectados por ayudas públicas injustificadamente restrictivas de la competencia. Si bien es cierto que la LDC no prohíbe la concesión de ayudas, nada impide que por parte de estos operadores no puedan desarrollar hasta sus últimas consecuencias, incluso en sede jurisdiccional, los instrumentos y principios de análisis que se han descrito más arriba. Dichos principios, en tanto que límites a la actividad discrecional de los poderes públicos en una concepción clásica del Derecho administrativo, podrían dar contenido a la fundamentación jurídica de las denuncias presentadas en materia de ayudas ante los tribunales.

3. Elementos principales de una estrategia en materia de ayudas públicas para una Autoridad Nacional de Competencia

A partir del catálogo de posibilidades que proporciona la LDC a la autoridad nacional de competencia, así como de las dificultades y retos que supone la puesta en marcha de algunas de ellas, puede contextualizarse mejor la actividad desarrollada por la CNC en materia de ayudas públicas desde su creación y determinarse cuáles son los elementos de dicha actividad que aportan un mayor valor añadido a los poderes públicos, a los consumidores y al bienestar general.

El primero de los elementos que a este respecto hay que tener en cuenta es que la CNC no pretende ser, ni puede pretenderlo, una segunda instancia revisora de las ayudas de Estado a la manera de la Comisión Europea. En primer lugar porque aproximarse a las ayudas públicas de esta manera solo resultaría reiterativo y disfuncional hacia las funciones de dicha Comisión Europea (de hecho, no existen en Europa autoridades nacionales que desarrollen tal tipo de atribuciones). En segundo lugar porque los instrumentos con que la LDC habilita a la CNC no se les permiten, al no disponer de facultades sancionadoras en la materia. En tercer lugar porque, sin perjuicio de su independencia, la posición institucional de la CNC en relación con las Administraciones españolas y muy en particular con la Administración General del Estado, a la cual se encuentra adscrita, es bien distinta a la de la Comisión Europea como instancia supranacional.

En todo caso, quizá la razón principal para desaconsejar la configuración de la CNC como instancia revisora con funciones análogas, previas o paralelas a las de la Comisión Europea sea que ambas instituciones no comparten absolutamente una identidad de fines y motivaciones a la hora de evaluar las ayudas públicas. Así, las funciones de la Comisión Europea deben verse, desde luego en su origen y aun hoy en día, como un trasunto de la voluntad de garantizar las libertades de circulación evitando que los Estados miembros de la Unión Europea otorguen ventajas a sus empresas, en perjuicio de las del resto de Estados. La voluntad primigenia de este control es, por lo tanto, asegurar un terreno de juego equilibrado en el que las empresas comunitarias puedan desarrollar su actividad, limitando el proteccionismo nacional mediante las medidas de favorecimiento activo y directo a operadores económicos. Por el contrario, la razón por la que a una autoridad de competencia debe preocuparle el impacto de las ayudas públicas sobre la competencia efectiva reside en la distorsión de las condiciones de competencia que tales ayudas (aquellas cuyo otorgamiento resulta injustificado y son desproporcionadas en sus efectos) pueden llegar a suponer en determinadas circunstancias, en forma de un mayor poder de mercado para ciertos operadores o una menor eficiencia debido al sufragio de parte de sus costes de producción, y en definitiva menores beneficios para el ciudadano tanto desde el punto de vista inmediato (por ejemplo, si las ayudas permiten a los operadores internalizar las ventajas derivadas de ellas, subiendo los precios finales del bien o servicio subvencionado y con ello privando de los beneficios al consumidor), como en su aspecto dinámico (menos innovación a largo plazo, y como consecuencia de ello una menor calidad de los productos).

Ambas finalidades sin duda comparten una zona común bastante amplia en cuanto a sus instrumentos y resultados, y en definitiva favorecen el desarrollo de la economía de mercado, sin injerencias injustificadas del sector público; pero no resultan exactamente coincidentes, lo cual es crucial para determinar el enfoque y la estrategia de ambas instituciones. Simplificando al máximo: el cometido de la Comisión Europea consistiría en determinar y fijar la línea de lo que es admisible de acuerdo con el funcionamiento del mercado común; el de una autoridad nacional de competencia consistiría en aconsejar sobre lo que resulta mejor, o tiene un

menor impacto sobre la competencia, con independencia además de si las ayudas resultan o no significativas desde el punto de vista de los intercambios comunitarios.¹⁴

Es por ello que las funciones de la autoridad nacional de competencia en materia de ayudas se enmarcan dentro del conjunto de actividades destinadas a la promoción de la competencia, y que dentro de ellas resultan particularmente interesantes los aspectos de *policy*, esto es, los relacionados con cómo diseñar las ayudas públicas de una manera que reduzca en la mayor medida posible el impacto negativo sobre la competencia que se puede derivar de este tipo de decisiones de los poderes públicos. De ahí que, en coherencia con el resto de actuaciones en otros ámbitos (proyectos normativos, contratación pública), en el desarrollo de las mismas hayan tenido un peso particular las actuaciones divulgativas o preventivas, encaminadas a aconsejar a los poderes públicos acerca del «buen diseño de las ayudas», a poner de manifiesto las mejores y peores prácticas de las Administraciones a este respecto y a valorar *a posteriori* el impacto real de determinadas ayudas sobre las condiciones de competencia en los mercados.

A tal voluntad han respondido los apartados específicos de los dos primeros Informes Anuales de Ayudas Públicas publicados por la CNC, correspondientes a los años 2008 y 2009.¹⁵ El primero de ellos pretendía establecer una metodología de análisis del impacto económico de las ayudas sobre los sectores y mercados afectados por las ayudas públicas de las Administraciones, desarrollando las distintas fases y elementos de la llamada «prueba de sopesamiento de la ayuda»:¹⁶ determinación precisa del objetivo de interés común perseguido, pertinencia del instrumento de la ayuda para su consecución y coherencia del diseño de la ayuda con aquel, efectos sobre la competencia de la ayudas y balance (que ha de ser positivo) entre tales efectos negativos y los supuestos beneficios de la ayuda para el interés general. El segundo de tales informes estableció una clasificación de las prácticas mejorables, a juicio de la CNC, en que incurrían más comúnmente las Administraciones Públicas al otorgar ayudas, y realizó un estudio sobre las consecuencias para la competencia de los distintos diseños que los poderes públicos estaban confiriendo a sus programas de ayuda directas al consumidor final (los llamados *Planes Renove*), y en particular estudió *ex post* el efecto que una categoría particular de

14. Un ejemplo práctico de tal distinción lo constituye el Informe de la CNC sobre compensaciones al transporte marítimo y aéreo de mercancías con origen o destino en las islas Canarias (IPN 40/10, disponible en www.cncompetencia.es), en relación con un proyecto de Real Decreto que proponía aumentar el porcentaje de costes subvencionables por dicha medida del 50 al 70 %. A pesar de que la ayuda contaba con la autorización de la Comisión Europea hasta el 100 % de los costes subvencionables y que por tanto no existían problemas de incompatibilidad con el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) derivados de tal ayuda, la CNC aconsejó valorar la adopción de otras medidas para mejorar el efecto incentivador de la ayuda que no pasaran necesariamente por el incremento del gasto público que suponía la elevación del porcentaje de costes subvencionables.

15. Disponibles en la sección de ayudas públicas de la página web de la CNC www.cncompetencia.es.

16. Así se la denomina en el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia, art. 7.3.c.

tales ayudas, el Plan 2000E del sector del automóvil, había tenido sobre las condiciones de competencia en los precios.

Este último ejercicio es a su vez un interesante ejemplo de otra de las vías de actuación de particular importancia en el posicionamiento de la autoridad nacional de competencia: la elaboración de informes sobre regímenes concretos de ayudas o sobre ayudas individuales que escapan al ámbito del control comunitario de ayudas de Estado por resultar *de minimis*. Este tipo de ayudas quedan fuera del radar de la Comisión Europea en atención a su reducido montante, y sin embargo, en ocasiones, algunos de los elementos de su diseño pueden distorsionar la competencia efectiva desde una óptica nacional.¹⁷

Por otra parte, un aspecto significativo en que la actividad de la CNC puede aportar valor añadido a la tarea de control de ayudas de Estado que realiza la Comisión Europea, sin que signifique un solapamiento de funciones es el de contribuir a concienciar a las Administraciones Públicas de la importancia de utilizar los mecanismos de puesta en conocimiento de la Comisión Europea de aquellas medidas que sean susceptibles de ser consideradas ayudas de Estado en el sentido del art. 107.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). Más allá del asesoramiento informal que en su caso pudieran realizar los servicios técnicos de la CNC a las distintas Administraciones concedentes, ello implica hacer pública la opinión de esta autoridad en determinados casos de particular relevancia.

Esta opinión normalmente consistirá en una valoración preliminar de si la medida es susceptible de reunir los requisitos para ser considerada ayuda de Estado, junto con un análisis de su posible impacto sobre la competencia que demuestre la conveniencia de activar el mecanismo de control de ayudas de Estado. La opinión de la CNC no colisiona con el eventual pronunciamiento de la Comisión Europea, sino que está encaminada a instar la notificación a dicha Comisión, o al menos el inicio de conversaciones informales con ella para determinar si procede tal notificación, sin prejuzgar el resultado de la misma: tras dicha notificación, es esta última la que debe realizar un análisis de acuerdo con el art. 107 TFUE y determinar si efectivamente estamos en presencia de una ayuda de Estado y si, a mayores, tal ayuda resulta ser incompatible con el Tratado.

A pesar de su carácter hasta cierto punto extraño, al menos para nuestra cultura administrativa, derivado del hecho de que la CNC adquiere el papel de llamar la atención sobre el comportamiento de una Administración española a los efectos de que otra instancia revise dicho comportamiento, esta vía de actuación se ha revelado pertinente y eficaz en algunos casos en los que, quizá por no resultar meridianamente incardinables en las tipologías clásicas de las ayudas de Estado, las

17. Para un desarrollo más detallado de esta cuestión, vid. apartado 4.2 infra, así como el último apartado del *Informe Anual de Ayudas Públicas 2009*, disponible en la página web de la CNC ya citada.

Administraciones concedentes no parecían haber valorado la procedencia de su notificación formal en un principio, existiendo sin embargo motivos para pensar que las medidas en cuestión constituían ayudas de Estado notificables.

Este ha sido el caso, por ejemplo, de la regulación del llamado procedimiento para la resolución de restricciones por garantía de suministro de electricidad en el ámbito de la producción de carbón nacional y de la utilización de este como insumo para la generación de energía eléctrica, o del nuevo régimen de financiación de Radiotelevisión Española. En el primer caso, la notificación se produjo tras un primer informe de la CNC en el que se planteaba la condición de ayuda de Estado de la medida, confirmando la Comisión Europea dicha condición y sujetando su aprobación definitiva a sustanciales reformas en el mecanismo inicialmente aprobado.¹⁸ En el segundo caso, tras la opinión de la CNC, que fue desoída por la Administración española, se produjo la apertura por la Comisión Europea de un procedimiento de investigación formal dados los indicios existentes de ayuda y fue finalmente declarada compatible con el Derecho comunitario.¹⁹

En definitiva, en materia de ayudas, la CNC debe buscar los tipos de actuación que permitan un mayor impacto y valor añadido, teniendo en cuenta que ya existe una instancia supranacional encargada de determinar la posible ilegalidad de las ayudas de mayor importancia. En este sentido, tanto las iniciativas encaminadas a trasladar a las Administraciones públicas los beneficios de un correcto diseño de las ayudas como aquellas otras destinadas a poner de manifiesto los posibles perjuicios sobre la competencia de ayudas concretas resultan las actuaciones de mayor impacto. Todo ello sin perjuicio de la labor de refuerzo del régimen complementario de control de ayudas de Estado, que no resulta duplicativa de aquella sino que está destinada a llamar la atención sobre aquellas ayudas que deben ser notificadas a la Comisión Europea.

4. El margen de profundización de la actividad de promoción de la competencia en materia de ayudas públicas: la impugnación jurisdiccional

El repaso que hemos efectuado de las funciones de la CNC en materia de seguimiento de ayudas públicas y de la aproximación que dicha autoridad viene realizando de dichas funciones confirma la diversidad de iniciativas que pueden adoptarse a partir del marco competencial de la LDC a este respecto, así como la

18. Vid. Informes de la CNC *IPN 33/09* e *IPN 44/10*, disponibles en www.cncompetencia.es.

19. Toda vez que la reforma de dicho régimen se produjo inicialmente mediante Real Decreto-Ley, la CNC no tuvo oportunidad de opinar con carácter previo, advirtiendo de los riesgos de la medida desde el punto de vista de las ayudas de estado en su informe *IPN 11/09 sobre el Anteproyecto de Ley Audiovisual* (anterior a la apertura del procedimiento de investigación formal por parte de la Comisión Europea) y, ya abierto dicho procedimiento, en su informe *IPN 46/2010, relativo al Proyecto de Real Decreto por el que se desarrolla la Ley 8/2009, de 28 de agosto, de financiación de la Corporación de Radio y Televisión Española*.

progresiva concreción y precisión de la estrategia de la CNC en la materia desde su creación, a pesar de las evidentes dificultades institucionales e instrumentales con que se encuentra la promoción de la competencia en esta área.

Lo anterior no obsta para mantener la aspiración de que la autoridad española de competencia siga consolidando sus actividades en esta materia y profundizando en el catálogo de actividades que tiene a su disposición, de manera que sus análisis contribuyan a intensificar la atención que las Administraciones otorgantes de ayudas públicas dedican al impacto del diseño de los mecanismos de concesión de sus ayudas de sus decisiones sobre la competencia en el mercado, y por extensión a trasladar a la opinión pública los beneficios o perjuicios para el interés general que se derivan de tales decisiones.

De entre todos los instrumentos a disposición de la autoridad de competencia española para desempeñar esta tarea (así como también de las autoridades autonómicas), quizá el de mayor proyección y potencial de desarrollo lo constituya la posibilidad que tiene la CNC de cuestionar jurisdiccionalmente ayudas públicas que incluyan obstáculos a la competencia efectiva. El desarrollo selectivo de este tipo de acciones (en particular si las consiguientes resoluciones jurisdiccionales confirman las opiniones de la CNC) puede impactar críticamente sobre las condiciones de control del comportamiento de las Administraciones concedentes.

Pasamos a continuación a explorar las posibilidades de dicho instrumento en relación con la depuración del ordenamiento jurídico de aquellas ayudas públicas restrictivas de la competencia.

4.1 Contexto y dificultades de la impugnación de ayudas públicas por parte de las autoridades de competencia

El ejercicio de tal acción jurisdiccional sería posible a partir del artículo 12.3 de la LDC, que establece: «*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*».

Así, con base en esta legitimación activa para acudir a la jurisdicción, que permite atacar un amplio número de situaciones en las que las Administraciones Públicas ejercen potestades administrativas, la CNC podría impugnar ayudas públicas (otorgadas bien mediante disposiciones generales, bien mediante actos singulares) que supusiesen o contuviesen obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados.

Hasta el momento, este mecanismo de cuestionamiento del ejercicio de potestades públicas ha sido utilizado con cierta contención y cautela por la CNC. Únicamente en dos casos relacionados con la prórroga de concesiones de transporte interurbano de viajeros en autobús por parte de sendas comunidades autónomas

se han llegado a interponer recursos en ejercicio de dicha facultad.²⁰ Varias circunstancias pueden explicar tal medida.

Por un lado, el protagonismo que en estos primeros años de actividad de promoción de la competencia ha tenido para la CNC la emisión de opiniones y recomendaciones independientes y no vinculantes, de cara a la consolidación de su *auctoritas*, como paso previo al ejercicio de otro tipo de acciones más agresivas. Al menos en este período, resulta evidente que en las iniciativas de promoción de la competencia ha primado la voluntad explicativa, pedagógica si se quiere, en relación con los beneficios y perjuicios sobre la competencia derivados de decisiones que los poderes públicos consideran dentro de su margen de discrecionalidad, sobre la de eliminar del ordenamiento jurídico manifestaciones del *ius imperii* público que incluyan obstáculos a la competencia efectiva y que, en la extralimitación de dicho margen de discrecionalidad, resulten ilegales, impugnación que, por otra parte, cualquier potencial interesado puede realizar directamente.

Por otro lado, también hay que tener en cuenta el posible impacto negativo que sobre la virtualidad del instrumento puede tener una utilización extensiva del mismo en sus primeros momentos de vida, lo que ha conducido a desechar casos en los que existía una mayor posibilidad de pronunciamiento desfavorable, a fin de evitar un agotamiento prematuro que pudiese además perjudicar el relativo carácter disuasorio que para las distintas Administraciones tiene la sola presencia de esta posibilidad impugnatoria.

Finalmente, tampoco cabe olvidar las dificultades técnico-jurídicas derivadas de la interpretación del alcance del precepto,²¹ necesitado de una noción de «obstáculo (*público*) a la competencia efectiva» que ha sido necesario construir con carácter previo.²²

Si todas estas consideraciones han contribuido a que, hasta el momento, y pendiente la resolución de las impugnaciones anteriormente mencionadas, la CNC haya adoptado una actitud cautelosa hacia este instrumento, debe asimismo tenerse en cuenta que el desarrollo que la LDC realiza de las ayudas públicas tam-

20. Se trata de las demandas interpuestas en 2010 contra los planes de modernización de las concesiones interurbanas de autobuses del ámbito de la Generalitat Valenciana (*Decreto 24/2010, de 29 de enero, del Consell, relativo al plan de modernización de las concesiones de transporte público regular permanente de viajeros por carretera*), y la Xunta de Galicia (*Resolución de 26 de febrero de 2010, de la Dirección General de Movilidad, por la que se aprueba el Plan de modernización de las concesiones de transporte público regular permanente de personas de uso general por carretera de Galicia*) que prorrogan, innecesaria y desproporcionadamente en opinión de la CNC, la vigencia de las anteriores concesiones, por plazos de tiempo de, en ocasiones, más de 15 años.

21. En este sentido, puede consultarse el artículo de Alfredo GONZÁLEZ PANIZO «Legitimación activa de la CNC para el ejercicio de acciones jurisdiccionales: objeto, motivos de impugnación y pretensiones ejercitables», en *Anuario ICO de la competencia 2009* (pág. 115-31).

22. A este respecto, pueden consultarse la *Guía para la elaboración de Memorias de Competencia en los Proyectos Normativos* de la CNC (2009), que contiene multitud de ejemplos de obstáculos regulatorios a la competencia efectiva (en muchas ocasiones derivados de normas de rango reglamentario), o la reciente *Guía sobre Contratación Pública y Competencia* de la CNC (2011), cuya primera parte detalla las posibles restricciones a la competencia que se pueden derivar del contenido de los pliegos de los contratos públicos y en general de las decisiones de las Administraciones Públicas en relación con las distintas fases del procedimiento de contratación. Ambos documentos están disponibles en www.cncompetencia.es.

poco contribuye en exceso a facilitar el papel que puede desempeñar la posibilidad de impugnación jurisdiccional, en particular, de ayudas públicas restrictivas de la competencia por parte de la CNC.

Así, en primer lugar, la LDC no incluye un concepto propio de «ayuda pública», ni tampoco tipifica, siquiera a título ejemplificativo, los elementos de dichas ayudas que pueden constituir obstáculos a la competencia y con base en los cuales se podría plantear dicha acción jurisdiccional.

En segundo lugar, y más importante, la LDC no pretende establecer o concepcionar las categorías de ayudas públicas ilegales o cuyo otorgamiento esté prohibido, a la manera en que lo hacen los artículos 1 y 2 LDC en relación con las conductas restrictivas de la competencia. En realidad, el art.11 LDC se limita a atribuir a la CNC la capacidad de analizar los criterios de concesión de las ayudas públicas en relación con sus posibles efectos sobre el mantenimiento de la competencia efectiva en los mercados con el fin de emitir informes con respecto a los regímenes de ayudas y las ayudas individuales, y de dirigir a las Administraciones Públicas propuestas conducentes al mantenimiento de la competencia efectiva.

Finalmente, si bien cuando hablamos de ayudas de Estado en el sentido comunitario podemos apoyarnos en las previsiones del art. 107 TFUE para determinar hasta qué punto una de tales ayudas puede ser incompatible con el Derecho comunitario, existen otra serie de medidas que no encajan dentro de la tipología de ayudas de Estado pero que, sin embargo, en ocasiones pueden tener efectos restrictivos de la competencia (ayudas *de minimis*). Estas se consideran por definición compatibles con el artículo 107 del TFUE y por tanto en estos casos el vicio de ilegalidad no puede fundarse en un incumplimiento de los art. 107 a 109 TFUE.

Todo ello, en definitiva, dificulta la aproximación a la revisión jurisdiccional de las ayudas públicas que obstaculizan la competencia efectiva por el mero hecho de ser restrictivas de la competencia.

4.2 Posibilidades futuras de ejercicio del instrumento impugnatorio

A pesar de las dificultades anteriores, existen asimismo razones para afirmar que la vía impugnatoria que posibilita el art. 12.3 LDC puede ganar importancia en el futuro, tanto en relación con cualquier actuación administrativa en general como en su aplicación particular a situaciones de otorgamiento de ayudas públicas que introduzcan restricciones a la competencia, y ello atendiendo a diferentes razones.

En primer lugar, desde el punto de vista de la estrategia global de la CNC, una vez consolidadas razonablemente sus funciones consultivas, si se pretende profundizar e incrementar el impacto de la promoción de la competencia no cabría descartar un aumento progresivo de impugnaciones, siempre manteniendo el carácter selectivo y en atención a los medios personales y materiales disponibles, en tanto que actuación de oficio.

En segundo lugar, si bien en principio podría parecer que el análisis del grado de restricción de la competencia que se deriva del ejercicio de potestades administrativas recae dentro de los juicios de oportunidad que merecen los comportamientos desarrollados dentro del margen de discrecionalidad administrativa, y por tanto no es un análisis de adecuación a Derecho de la actuación de las Administraciones, en la actualidad tal percepción debe desecharse. Además del valor del art. 38 de la Constitución Española (CE) como principio nuclear y transversal del ordenamiento jurídico, que debe interpretarse sistemáticamente en relación con cualesquiera otras normas de las que dimanen las competencias administrativas habilitantes para la actuación concreta de la Administración en cuanto a la justificación y proporcionalidad de dichas actuaciones, debemos tener en cuenta que, crecientemente, existen normas con rango de Ley que incorporan a nuestro ordenamiento jurídico la obligación expresa de someter la actuación normativa a un juicio de justificación de su necesidad y de ponderación de su proporcionalidad, suponiendo en contrario la consecuencia de la ilegalidad de la actuación.

Este es el caso, por ejemplo, de la reciente Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, en relación con el establecimiento de regímenes de autorización²³ o, de manera más general, la aún más reciente Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, cuyo art. 4 propugna que, en el ejercicio de la iniciativa normativa, el conjunto de las Administraciones Públicas actuará de acuerdo con los principios de necesidad, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia, accesibilidad, simplicidad y eficacia. Sin obviar su carácter esencialmente programático, el reconocimiento legal de, en particular, los dos primeros principios puede suponer una vía para un verdadero enjuiciamiento de la legalidad de la actuación administrativa, en este caso normativa (en particular de su potestad reglamentaria), con base en la ponderación de dichos principios.²⁴ En el plano concreto de las ayudas públicas, encontramos un

23. «Artículo 5. Regímenes de autorización.

La normativa reguladora del acceso a una actividad de servicios o del ejercicio de la misma no podrá imponer a los prestadores un régimen de autorización, salvo excepcionalmente y siempre que concurran las siguientes condiciones, que habrán de motivarse suficientemente en la Ley que establezca dicho régimen.

a. No discriminación: que el régimen de autorización no resulte discriminatorio ni directa ni indirectamente en función de la nacionalidad o de que el establecimiento se encuentre o no en el territorio de la autoridad competente o, por lo que se refiere a sociedades, por razón del lugar de ubicación del domicilio social;

b. Necesidad: que el régimen de autorización esté justificado por una razón imperiosa de interés general, y

c. Proporcionalidad: que dicho régimen sea el instrumento más adecuado para garantizar la consecución del objetivo que se persigue porque no existen otras medidas menos restrictivas que permitan obtener el mismo resultado, en particular cuando un control a posteriori se produjese demasiado tarde para ser realmente eficaz. Así, en ningún caso, el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio se sujetarán a un régimen de autorización cuando sea suficiente una comunicación o una declaración responsable del prestador mediante la que se manifieste, en su caso, el cumplimiento de los requisitos exigidos y se facilite la información necesaria a la autoridad competente para el control de la actividad.»

24. «Artículo 4. Principios de buena regulación aplicables a las iniciativas normativas de las Administraciones Públicas.

1. En el ejercicio de la iniciativa normativa, el conjunto de las Administraciones Públicas actuará de acuerdo con los principios de necesidad, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia, accesibilidad, simplicidad y eficacia. En la iniciativa normativa quedará suficientemente justificada la adecuación a dichos principios.

precepto que establece un juicio de ponderación análogo al de estas normas por ejemplo en el art. 8 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, al que posteriormente aludiremos.

Este principio de sujeción jurídica de la actuación administrativa a elementos de racionalidad como la necesidad y proporcionalidad de las medidas está cristalizando a nivel jurisprudencial en la esfera particular del control de ayudas públicas, incluso aquellas que se encuentran fuera del espectro de las ayudas de Estado, ámbito en relación con el cual el ordenamiento jurídico comunitario ya prevé juicios de ilegalidad y consecuencias derivadas de dicho otorgamiento.

Como recientes ejemplos de ello, encontramos varias sentencias que cuestionan la legalidad de determinados planes *Renove* puestos en marcha por algunas Administraciones autonómicas, ya mencionados en apartados anteriores de este artículo. Los planes *Renove* son esencialmente ayudas para el estímulo de la demanda de adquisición de bienes y servicios destinados al consumidor final, en forma de subvenciones parciales, a fondo perdido, del coste de tales bienes y servicios a cargo de la Administración otorgante, que puede ser la estatal, la autonómica o incluso la local. Este tipo de medidas se vienen utilizando desde hace tiempo para reactivar el consumo en diferentes sectores, como pueden ser los electrodomésticos, la instalación de utilidades de hogar (calderas, ventanas, ascensores), la promoción de productos culturales, la adquisición de mobiliario o incluso la compra de vehículos automóviles —como el *Plan 2000E*.

Si bien podría parecer que tales ayudas, en principio, no alteran la competencia efectiva en el mercado o sector al que vayan dirigidas debido a su escaso montante individual, a su orientación al consumidor final y a su aparente ausencia de selectividad (es dicho consumidor final quien decide el bien o servicio que adquiere, y posteriormente se le reembolsa parcialmente el gasto en que ha incurrido), un estudio más detallado de las condiciones y requisitos a que normalmente se vienen sometiendo dichas subvenciones revela que no están exentas de efectos sobre la competencia, tal como la CNC ha puesto de manifiesto en su *Informe Anual de Ayudas Públicas 2009*.²⁵

Así, cuando la Administración otorgante de la subvención es una comunidad autónoma, el diseño de los instrumentos en cuestión suele incluir la obligación de que la compra se realice en establecimientos o empresas del ámbito geográfico de tal comunidad autónoma. En otras ocasiones, se distingue entre tipología de establecimientos en que se efectúa la compra para poder acceder a la ayuda (por ejemplo,

2. En virtud del principio de necesidad, la iniciativa normativa debe estar justificada por una razón de interés general.

3. En virtud del principio de proporcionalidad, la iniciativa normativa que se proponga deberá ser el instrumento más adecuado para garantizar la consecución del objetivo que se persigue, tras constatar que no existen otras medidas menos restrictivas y menos distorsionadoras que permitan obtener el mismo resultado. [...]».

25. Para un análisis exhaustivo de las implicaciones para la competencia de estos planes *Renove*, y en particular del Plan 2000E, véase el apartado 8 de dicho informe (páginas 93 y siguientes), disponible en la página: www.cnccompetencia.es.

pequeño comercio frente a grandes superficies), o incluso se precisa qué establecimientos admiten compras sujetas a la subvención y qué otros no.

Estas condiciones rompen la neutralidad de dichas ayudas en los mercados finales al orientar el consumo hacia determinados establecimientos o proveedores de entre todos los operadores del mercado, creando así una suerte de beneficiarios indirectos y pasando de ser ayudas al consumo a resultar, también, ayudas a determinadas empresas. Dichos elementos resultan injustificadamente discriminatorios en atención a los objetivos perseguidos (por ejemplo, la mejora de la eficiencia medioambiental), fragmentando el mercado, relajando la competencia entre oferentes y por tanto atenuando las ventajas para el consumidor que en principio deberían derivarse de dichas medidas.²⁶

Como adelantábamos antes, en el plano de la revisión jurisdiccional, estos argumentos han servido para que, recientemente, los tribunales hayan declarado ilegales algunos de dichos planes. En particular, nos estamos refiriendo a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco nº 180/2011, de 8 de marzo, sobre el llamado «bono cultura» de la Administración regional vasca, y a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, nº 517/2011, de 24 de junio, relativa al llamado «Plan Renove Mueble» que la Administración cántabra implantó en el ámbito de esa comunidad autónoma.

La primera de dichas sentencias anula una Orden de la Consejería de Cultura vasca destinada a incentivar la adquisición de productos culturales mediante los llamados «bonos cultura» de 25 euros, con los cuales puede efectuarse una compra por valor de 40 euros en productos culturales (libros, música...) en alguno de los establecimientos adheridos al programa, abonando la diferencia (esto es, hacia un 36 % del precio total) la Administración vasca.²⁷

Puesto que únicamente pueden adherirse al programa las pequeñas y medianas empresas, y dada la cuantía del descuento sobre el precio total, la sentencia entiende que la Orden favorece el consumo en los establecimientos adheridos en detrimento del resto de establecimientos (por ejemplo, grandes superficies), dirigiendo las compras hacia las pequeñas y medianas empresas de manera injustificada y desproporcionada en atención al objetivo declarado en su expo-

26. Como principal efecto sobre la competencia y sobre el bienestar del consumidor, el mencionado Informe Anual de Ayudas Públicas 2009 de la CNC destaca: «Existen determinadas situaciones en las que este tipo de diseños pueden restringir la competencia y fragmentar la unidad de mercado, con consecuencias importantes en términos de pérdida de bienestar económico, en particular del consumidor. Este puede ser el caso, por ejemplo, cuando la supeditación de la ayuda a la compra del producto en un determinado territorio se aplica en territorios limítrofes entre comunidades autónomas con importantes diferencias entre el número de oferentes del producto o servicio subvencionado establecidos en cada una de ellas. En estas circunstancias, la fragmentación del mercado producida por la condición de territorialidad del establecimiento del oferente puede suponer una drástica reducción de la oferta disponible para los consumidores de la comunidad autónoma con menor número de operadores, si se quiere disfrutar de la subvención. Esta reducción puede eliminar incluso las tensiones competitivas necesarias para conseguir que la subvención consiga el efecto deseado, que es la rebaja efectiva del precio final de venta» (pág. 99-100).

27. Orden de 17.11.09 de la Consejera de Cultura (BOPV núm. 222 de 18.11.09) para el desarrollo y promoción del «bono cultura».

sición de motivos (la dinamización del mercado de la producción artística y cultural), y por lo tanto atentatoria del principio de igualdad consagrado en el art. 14 CE.

Es de destacar que, si bien la Sala de lo contencioso-administrativo del TSJ vasco descarta que la medida contravenga la LDC en lo relativo a sus infracciones *antitrust* o a lo dispuesto en dicha ley sobre ayudas públicas (confirmando lo anteriormente manifestado sobre la inexistencia de un tipo infractor en dicha norma legal por ayudas públicas restrictivas de la competencia), sí que basa la ilegalidad de la medida, en atención a su carácter discriminatorio, en el hecho de que las justificaciones complementarias ofrecidas por el Gobierno Vasco (ayudar a las tiendas pequeñas para que puedan competir en mayor igualdad con las grandes superficies) no pueden considerarse suficientes para modificar o distorsionar el normal desenvolvimiento del mercado, ni desde la perspectiva del fomento de la cultura, ni desde la perspectiva del consumidor. Es decir, dicho TSJ realiza un juicio de justificación y ponderación de la medida para determinar su legalidad, juicio por lo demás consolidado en la jurisprudencia ordinaria y constitucional cuando se evalúan potenciales infracciones del principio de igualdad establecido en el art. 14 CE, que resulta análogo a la detección de restricciones injustificadas a la competencia.

Por su parte, el anteriormente mencionado pronunciamiento del TSJ de Cantabria del pasado junio, relativo al *Plan Renove del Mueble* de dicha comunidad autónoma,²⁸ pone de manifiesto la validez del análisis de justificación de la necesidad y proporcionalidad de la medida para establecer la legalidad de ayudas públicas de una manera más evidente incluso que la sentencia recién comentada. Se trata en esta ocasión de una medida de apoyo al consumidor final por la cual, tras la compra de bienes de mobiliario para el hogar, el establecimiento en el que se ha realizado la compra entrega un vale al comprador por importe del 25 % de lo adquirido, sufragado por la Administración cántabra, cantidad que se puede hacer valer en dicho establecimiento o en cualquier otro de los adheridos. De nuevo, solo las entidades que tengan la condición de pequeña o mediana empresa pueden adherirse al programa.

En esta ocasión, el TSJ de Cantabria contrasta la adecuación a Derecho de dicho Plan con las prescripciones de la normativa autonómica y nacional de subvenciones. En particular, resalta dicho TSJ, analizando las alegaciones de la parte demandante, el artículo 8 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones (Principios Generales), que dispone en su apartado 2 que, cuando los objetivos que se pretenden conseguir afecten al mercado, su orientación debe dirigirse a corregir fallos claramente identificados y sus efectos deben ser mínimamente distorsionadores.

Así, en el Fundamento Jurídico 3^a de dicha sentencia, el TSJ establece que no es suficiente con que el objetivo de la medida esté bien determinado y precisado,

28. Orden HAC 9/2010, de la Consejería de Economía y Hacienda del Gobierno de Cantabria, por la que se establecen las bases reguladoras y se hace pública la convocatoria de subvenciones para la adquisición de mobiliario para el hogar con el propósito de servir de estímulo y modernización del comercio en la Comunidad Autónoma de Cantabria (publicada en el BOC de 1 de marzo de 2010).

conforme prescribe el apartado 1 del mencionado art. 8 de la Ley General de Subvenciones, sino que esta adecuación formal entre objetivo e instrumento (la subvención en cuestión) debe acompañarse de un análisis del grado en que las disposiciones específicas de la subvención pueden alterar el juego de la libre competencia o pueden reputarse vulneradoras del principio de igualdad.

Pues bien, el TSJ considera que en el caso en cuestión el objetivo declaradamente perseguido (el estímulo de la demanda de comercio de muebles y de la consiguiente venta de dichos artículos) se ha instrumentado a través de una ayuda pública que repercute y beneficia de forma exclusiva a las entidades colaboradoras en cuyos establecimientos se realizarán las compras a las que se aplica la subvención, vulnerándose el principio de igualdad. Ello supone un estímulo al comercio, pero sus ventajas quedan únicamente restringidas a las pymes, por lo que, al igual que en el caso vasco, existe un direccionamiento de la demanda final y una restricción del margen de libertad del consumidor. Como consecuencia de todo lo anterior, el TSJ anula la Orden del Gobierno cántabro.

En definitiva, de los anteriores pronunciamientos se desprende que resulta posible cuestionar la legalidad de las ayudas públicas cuyo diseño incluye restricciones a la competencia, incluso de las que no encajan dentro de la tipología de ayudas de Estado ilegales en el sentido del art. 107 TFUE por no afectar a los intercambios comunitarios (esto es, por ser *de minimis*). Como puede apreciarse, los Tribunales están cohonestando de una manera cada vez más clara dicho análisis de legalidad de las posibles restricciones a la competencia presentes en el diseño de las ayudas públicas con los principios de necesidad y proporcionalidad de dichos elementos a partir de los objetivos perseguidos con la medida y del daño a la competencia en el mercado que pueda presentarse en ella.

4.3 El papel de la autoridad de competencia en el control jurisdiccional de las ayudas públicas

A partir de la evaluación de la legalidad de los elementos configuradores de las ayudas públicas que se ha llevado a cabo en las sentencias anteriormente aludidas, podemos reparar en que tal ejercicio resulta análogo al «examen de los criterios de concesión de las ayudas públicas en relación con sus posibles efectos sobre el mantenimiento de la competencia efectiva en los mercados» a que alude el art. 11 de la LDC, y a la llamada prueba de sopesamiento de la ayuda a la cual, en desarrollo de dicho precepto legal, alude el art. 7.3 del Reglamento de defensa de la competencia, consistente en el análisis de los aspectos positivos y negativos de su concesión, entre ellos la adecuación del instrumento utilizado, su efecto incentivador o la necesidad y proporcionalidad de la misma.²⁹

29. Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia. Esta metodología se desarrolla exhaustivamente en el primer Informe Anual de Ayudas Públicas (2008) de la CNC, apartado tercero, disponible en www.cncompetencia.es.

Por lo tanto, podemos concluir que, si bien es cierto que, por una parte, en sí mismos, ni la LDC ni lógicamente su Reglamento de desarrollo establecen consecuencias de ilegalidad para las ayudas públicas que incluyan restricciones a la competencia, y que, por otra parte, la CNC no puede declarar por sí misma tal ilegalidad, resulta igualmente cierto que existen puntos de conexión entre la prueba de sopesamiento y la evaluación de la legalidad de las ayudas públicas.

Ello nos conduce a comentar cuál puede ser el papel de la CNC en la activación de estos procesos, o bien la medida en que los análisis de la CNC puedan contribuir a instarlos por terceras partes o robustecer las probabilidades de que recursos ya interpuestos prosperen. La respuesta, necesariamente, ha de ser que la CNC puede y, en la medida de sus limitaciones, debe desempeñar un creciente papel a este respecto, si bien cabe observar algunas cautelas.

Así, debe partirse de que la configuración de la herramienta impugnatoria como uno más de los instrumentos de promoción de la competencia a disposición de la CNC implica que esta institución no puede ser un fiscalizador de la actividad administrativa en materia de ayudas que barra todo el espectro de medidas potencialmente ilegales por resultar restrictivas de la competencia. Ni es ese el espíritu de la LDC ni tampoco el diseño institucional de la CNC responde a tal aspiración, puesto que los medios y recursos con que actualmente cuenta esta, así como los imperativos de tiempo y plazos para la acción jurisdiccional que se derivan de las normas procesales aplicables, no permiten desempeñar de manera solvente dicha actividad de una manera tan amplia y ambiciosa. Por otra parte, hay que recordar que la misma vía jurisdiccional a disposición de la CNC queda expedita para terceros afectados por la ayuda supuestamente restrictiva de la competencia, que pueden actuar como demandantes ellos mismos ante los Tribunales.

De ahí que la decisión de la CNC de ejercer por sí misma la legitimación activa para impugnar este tipo de actuaciones administrativas pueda resultar condicionada por varios aspectos de importancia. En primer lugar, en estos casos, la autoridad nacional de competencia debe retener un margen de decisión acerca de qué medidas impugnar, bien por iniciativa propia, bien tras la puesta en conocimiento de un tercero. Lógicamente, para decidir qué actuaciones se inician y cuáles no habrá que atender a una serie de razones de índole objetiva en atención a la importancia de la medida, el daño a la competencia que puede infligir, el carácter estratégico para la CNC del sector en que se incardine, o el potencial ejemplarizante de una eventual resolución estimatoria de la impugnación. Pero no resulta posible agotar *a priori* todas las causas que influirían en tal decisión, ya que algunas otras de ellas, tales como las probabilidades de un pronunciamiento jurisdiccional favorable o la disponibilidad de recursos personales y materiales sostenidos a lo largo de todo el proceso también pueden terminar de perfilar una decisión que, en definitiva, tiene carácter potestativo.

Habida cuenta de las dificultades que presenta la activación directa de estas causas judiciales, resulta asimismo conveniente considerar la posibilidad de que la CNC no recurra por sí misma las ayudas públicas restrictivas de la competencia,

sino que sus análisis resulten de utilidad para que los terceros interesados efectúen tal impugnación por sí mismos. A este respecto, pueden servir de referentes tanto la metodología de evaluación de necesidad y proporcionalidad de las ayudas como los análisis sectoriales o individuales que se hayan desarrollado por la CNC en relación con supuestos de hecho más próximos, o idénticos, al objeto de la impugnación. Es esta una línea de actuación que merece la pena potenciar, fundamentalmente a través de una mayor y más eficiente difusión y explicación de sus tesis y trabajos en la materia. En este sentido, también cabe propiciar el papel de la CNC como asesor del órgano jurisdiccional en el seno de procedimientos ya iniciados, dada su posición de experto técnico, a solicitud de los propios órganos jurisdiccionales.

En definitiva, en el futuro cabe esperar un mayor desenvolvimiento de la CNC del catálogo de posibilidades relacionadas con la revisión jurisdiccional de ayudas públicas que resulten innecesaria y desproporcionadamente restrictivas de la competencia, tanto si suponen el ejercicio directo de la acción como si implican otro tipo de participación.

5. Conclusiones

El repaso que el presente artículo ha efectuado a las atribuciones legales de la CNC en materia de ayudas públicas, a las actuaciones por ella desarrolladas desde su constitución y a las principales líneas estratégicas en que se fundamentan tales actuaciones ha pretendido poner de manifiesto la importancia que tiene, y que puede adquirir, esta actividad dentro de la promoción de la competencia.

Si comparamos el seguimiento de las ayudas públicas en España con otras tareas de *advocacy*, como pueden ser los informes sobre proyectos normativos o los estudios sectoriales, no cabe desconocer que la puesta en marcha de estas funciones y el progresivo afianzamiento de la CNC como instancia autorizada para emitir juicios sobre el comportamiento de las distintas Administraciones Públicas a este respecto se han visto sometidas a ciertas dificultades adicionales. La existencia consolidada de una instancia revisora con una fuerte *vis* atractiva como la Comisión Europea, la falta previa de acervo y trayectoria en relación con estas actuaciones, o la particular dificultad que puede suponer el seguimiento de las recomendaciones de la CNC para las Administraciones encargadas de gestionar estos procesos son solo algunas de las razones que dificultan la adecuada traslación a las entidades otorgantes de ayudas de los beneficios que un diseño neutral desde el punto de vista competitivo pueden proporcionar al interés general, sin perjuicio de la satisfacción de los objetivos que persiguen cuando diseñan este tipo de medidas.

Es este un mensaje particularmente difícil de transmitir en el actual momento económico, que parece orientar las preocupaciones de las Administraciones Públicas hacia elementos distintos de la adecuada valoración de las consecuencias de sus

decisiones de apoyo a empresas sobre los mercados en que las mismas actúan, y ello a pesar de que los entes públicos deberían ser los primeros interesados en asegurar, a través de este tipo de análisis, una mayor eficiencia en la gestión de sus siempre limitados recursos públicos.

Sin embargo, junto a la robustez de las actuaciones ya desarrolladas, un vistazo al margen de recorrido que aún es posible transitar nos permite ser optimistas en relación con el valor y el impacto de las actuaciones de la CNC y, por extensión, del papel que otras instancias que cuentan con un innegable protagonismo a la hora de revisar las ayudas públicas (en particular, las jurisdiccionales) pueden desempeñar a la hora de acotar la actividad administrativa en la materia, de manera que, progresivamente, se vaya reduciendo el número y la intensidad de restricciones a la competencia presentes en esta importante parcela de la intervención pública. Todo ello redundará en una mayor calidad de las decisiones y, en definitiva, en un mayor grado de bienestar general.

LA APLICACIÓN DE LA POLÍTICA DE COMPETENCIA A LAS ACTIVIDADES QUE SE DESARROLLAN EN INTERNET

FRANCISCO DE PAULA ROIG GUERRERO^{1,2}

Técnico comercial y economista del Estado
Comisión Nacional de la Competencia

1. Introducción

A lo largo de los últimos quince años se ha producido un desplazamiento extraordinario de la actividad económica y social hacia Internet. Ello ha sido principalmente posible gracias a dos fenómenos que se han reforzado mutuamente: por un lado, el desarrollo y difusión de la propia red y, por otro, la creación de nuevos mercados en actividades tales como la búsqueda de información, la publicidad en línea, la distribución de contenidos, el comercio electrónico (ya sea minorista o entre empresas), las redes sociales, los servicios de empleo y la realización de transacciones financieras, entre otros.

La creación de estos nuevos mercados basados en Internet ha aparecido ligada, a su vez, a la formación de plataformas que presentan una serie de rasgos que les diferencian de las industrias tradicionales, como es el caso de su gran tamaño, la mayor personalización, su vertiginosa innovación y, en fin, la recogida y el uso de información detallada sobre consumidores y mercados. Cabe precisar que por plataformas entendemos, siguiendo a la literatura económica, un negocio que actúa como intermediario poniendo en contacto a diferentes tipos de usuarios para posibilitar la interacción, ya sea social o económica. Por ejemplo, en el caso de los

1. Las opiniones vertidas en el presente artículo se realizan exclusivamente a título personal y no reflejan necesariamente las de la Comisión Nacional de la Competencia. El autor desea agradecer la ayuda de Jordi Fornells de Frutos en la elaboración de este artículo.
2. Subdirección de Sociedad de la Información, Dirección de Investigación, Comisión Nacional de la Competencia, Calle Barquillo, 5 – 28004 Madrid; correo electrónico: froig@cncompetencia.es

medios de comunicación en línea, estos usuarios serían los consumidores, los productores de contenidos y los anunciantes.

El crecimiento de estas plataformas en Internet ha sido exponencial. Un ejemplo ilustrativo es Google, empresa fundada en 1998, que procesa actualmente alrededor de mil millones de búsquedas al día. El éxito de estas plataformas ha radicado en buena medida en el uso que han hecho de Internet para reducir un amplio abanico de costes como pueden ser los costes de creación y distribución de ciertos tipos de bienes y servicios, los costes de adquisición de información sobre estos productos, o los costes de recogida y uso de datos sobre las preferencias y comportamiento de los consumidores.

El objeto del presente artículo consistirá en analizar si existen motivos que justifiquen una aplicación singular de la política de competencia a las actividades que se desarrollan en Internet con respecto a lo que ocurre en industrias más tradicionales. De ser así, se tratará de ofrecer algunas claves que puedan guiar dicha aplicación.

Por ello, en primer lugar, se analizarán en nuestro artículo las aportaciones de la teoría económica sobre el funcionamiento de estos mercados. A continuación, se realizará un breve repaso de los principales casos en la materia que han sido estudiados por las autoridades de competencia, con el fin de destacar los sectores que se han visto afectados y las controversias que se han suscitado. Nuestro artículo concluirá resumiendo las lecciones que cabe extraer del análisis anterior y ofreciendo algunas reflexiones que sería deseable tener en cuenta a la hora de aplicar la política de competencia en estos mercados.

Antes de proceder con el contenido propiamente dicho de nuestro artículo, es preciso realizar una puntualización acerca de los mercados que consideraremos objeto de nuestro estudio. Así, como se ha mencionado, nuestro análisis se centrará en las actividades que se desarrollan en Internet, lo cual descarta el estudio de otros mercados que, sin emplear directamente Internet, forman parte sustancial del entramado que sustenta su funcionamiento. Este es básicamente el caso de los mercados de las comunicaciones electrónicas (fijas y móviles), que canalizan el tráfico de Internet, y el mercado de navegadores de Internet, que permiten la visualización de las páginas que conforman Internet.³

3. Estos mercados excluidos plantean también cuestiones relevantes que afectan al desarrollo de Internet y a las actividades que en él puede desarrollarse, como pueden ser

- en el caso de las comunicaciones electrónicas, la convergencia tecnológica, el debate sobre la neutralidad de Internet, el despliegue de las redes de nueva generación (y el debate sobre la contribución financiera de las grandes compañías proveedoras de contenidos en Internet en su mayoría estadounidenses a sufragar los gastos de esta inversión, dado su papel en la generación del tráfico de datos en Internet) y el aumento exponencial del uso de Internet en dispositivos móviles, entre otras cuestiones;
- por lo que se refiere a los navegadores de Internet, la experiencia en Internet del consumidor se ve directamente influida por estos e indirectamente también a través de los estándares y aplicaciones web con los que es compatible el navegador. La innovación en estos campos, a su vez, se ve influida por la competencia entre navegadores. Estas cuestiones estuvieron sin duda muy presentes en la reciente Decisión de la Comisión Europea en el asunto COMP/39.530 Microsoft (Ventas vinculadas), por la que Microsoft se comprometió a adoptar una serie de medidas tendentes a asegurar que los demás navegadores en el mercado podían competir en igualdad de condiciones con el navegador Internet Explorer de Microsoft.

2. Una aproximación económica a la dinámica competitiva en Internet

Se ha destacado en la introducción que los nuevos mercados basados en Internet han aparecido ligados a la formación de plataformas que actúan como intermediarios poniendo en contacto a diferentes tipos de usuarios para posibilitar la interacción entre ellos, ya sea social o económica.⁴ Con todo, se debe tener en cuenta que este tipo de plataformas no se presenta únicamente en Internet. De hecho la teoría económica aplicó inicialmente este concepto a los sistemas operativos, las tarjetas de crédito, los centros comerciales y la prensa, entre otros. Las intuiciones observadas en estos mercados han permitido guiar el estudio económico de las plataformas basadas en Internet.

Como también se ha señalado en la introducción, estas plataformas presentan una serie de características que las diferencian de las industrias tradicionales y que, a continuación, estudiaremos con mayor detenimiento siguiendo a Levin (2011).⁵

En primer lugar, cabe destacar su capacidad para crecer rápidamente a un bajo coste debido a que el código de programación y la ingeniería informática subyacentes son «escalables», es decir, se pueden adaptar fácilmente a un mayor número de usuarios. Un ejemplo de ello es Facebook, que alcanzó los 500 millones de usuarios con menos de 500 ingenieros.

Una segunda característica distintiva de estas plataformas es el grado de personalización que permiten de la experiencia del usuario, debido también al reducido coste que entraña. Manifestaciones de este extremo son la obtención de resultados de búsqueda adaptados a la consulta individual realizada, las recomendaciones de productos basadas en compras anteriores, o la colocación de publicidad que refleja la navegación pasada en Internet. Este avance de la personalización ha conducido a Eric Schmidt, presidente de Google, a vaticinar que el día de mañana será posible preguntarle a Google en qué universidad estudiar o qué libro leer.

Un último rasgo distintivo que cabe mencionar de estas plataformas es el alto grado de innovación al que están sujetas, que no solo se plasma en la creación de nuevos productos e ideas, sino también en el refinamiento continuo de aspectos tales como los algoritmos de búsqueda, la información que se muestra a los consumidores, las características de los productos y los mecanismos de pago y de fijación de precios. Esta posibilidad de introducir mejoras se ve espoleada por la capacidad de estas plataformas de ver ajustados con relativa facilidad una serie de parámetros y por la posibilidad de usar experimentos controlados con diferentes grupos de usuarios para evaluar dichas mejoras, con resultados inmediatos.

Esta innovación también se ha traducido en una serie de mecanismos de mercado e instituciones novedosas que estructuran la actividad económica o social con el fin de

4. Los sectores en los que encontramos estas plataformas reciben el nombre en la literatura económica de mercados de dos lados (*two-sided markets*) o también mercados de varios lados (*multi-sided markets*), en función de si ponen en contacto dos o más grupos de usuarios, si bien está más extendido el primero utilizándose con carácter general.

5. LEVIN, J. «The economics of Internet markets», en *Advances in Economics and Econometrics* editado por D. ACEMOGLU, M. ARELLANO y E. DEKEL, de próxima aparición.

crear valor. Un ejemplo paradigmático es la publicidad en línea, en la que se han desarrollado subastas para adjudicar la ubicación de los anuncios relacionados con búsquedas en Internet. Con ello, se trata de casar de modo eficiente a los usuarios del buscador con oportunidades de negocio por parte de los anunciantes, en presencia de una amplia gama de ofertas. De ella tendremos ocasión de ocuparnos más adelante, pues ha sido objeto de interés creciente por parte de las autoridades de competencia.

A la luz de lo anterior, la innovación en estos mercados se yergue como una variable estratégica crucial en la que compiten las empresas. De este modo, las adquisiciones de empresas que operan en Internet no solo obedecen a una finalidad de crecimiento y entrada en nuevos mercados, sino también, y de forma más importante, como una forma rápida de procurarse nuevas innovaciones o capital humano que de otro modo podrían pasar a manos de un competidor.

Esta consideración ayuda a comprender la motivación que condujo a empresas de Silicon Valley tales como Apple, Google, Intel y Adobe a acordar no contratar a empleados de sus respectivas empresas, acuerdos que abandonaron en septiembre de 2010 a raíz de la terminación convencional de la investigación abierta por el Departamento de Justicia estadounidense (DJ).

Asimismo, cabe resaltar que en estos mercados, al basarse en plataformas que ponen en contacto diferentes usuarios, tienen lugar los llamados efectos de red, por lo que el valor que los usuarios asignen a la plataforma dependerá de cuántos más la estén utilizando. Ello afecta a cómo las plataformas compiten por los usuarios y a la dinámica de la estructura de mercado.

Así, por un lado, la maximización de beneficios por parte de una plataforma conducirá a que, al fijar los precios, aplique subvenciones cruzadas vía el cobro de precios reducidos a los grupos de usuarios que generan externalidades positivas para otros y de mayores precios a aquellos que no. Así cabe entender, por ejemplo, la práctica de los buscadores de Internet consistente en ofrecer gratis correo electrónico y otros servicios con el propósito de obtener más ingresos por el lado de los anunciantes.

Por otro lado, la dinámica competitiva, en presencia de efectos de red, puede conducir a una estructura de mercado en la que exista una plataforma dominante. Desde un punto de vista de la política de la competencia, ello despierta recelos en la medida en que, si una plataforma alcanza una posición de dominio, puede tratar de dificultar la entrada de otras, aprovechando que los consumidores se encuentran coordinados y «cerrados» (del inglés, *locked-in*) en el uso de una plataforma concreta. Como resultado, puede resultar complicado que una nueva plataforma innovadora gane cuota de mercado, incluso si sus características y tecnología subyacentes son superiores. A tenor de ello, la teoría económica⁶ sugiere que se tomen en cuenta una serie de factores a la hora de decidir si un determinado mer-

6. Por ejemplo, véase FARRELL, J., KLEMPERER, P. 2007. «Coordination and Lock-In: Competition with Switching Costs and Network Effects», en *Handbook of Industrial Organization*, vol. 3, editado por M. Armstrong y R. Porter, North-Holland.

cado es merecedor de un examen más detenido por parte de las autoridades de competencia tales como:

- 1) el grado en que los consumidores consideran las plataformas que compiten entre sí como sustitutas,
- 2) la fuerza de los efectos de red positivos, y
- 3) la medida en que la producción se caracteriza por economías de escala.

La importancia de los factores que se acaban de reseñar puede variar de una industria a otra. Así, por ejemplo, una empresa tenderá a favorecer aquellas páginas web de servicios de empleo que le ofrezcan un número elevado de candidatos relevantes. En cambio, un consumidor no privilegiará un buscador de Internet simplemente porque disfrute de una mayor cuota de mercado, aunque es cierto que aquel buscador con un mayor tamaño dispondrá de mejores datos para optimizar sus algoritmos de búsqueda (i.e., innovar mediante mejoras continuas) y por ello disfruta de ciertos tipos de economías de escala. Ello puede explicar el éxito de Google y la enorme dificultad de que surja un competidor que le desbanque, como podría ser el caso de Microsoft, quien, a pesar de todo el esfuerzo inversor que ha acometido en Bing, no ha sido capaz de socavar el liderazgo de Google.

Unos altos costes de cambio para el usuario serían otro importante factor que podría perjudicar al proceso competitivo, al igual que ocurre en las industrias tradicionales. Sin embargo, en la práctica suele resultar relativamente fácil cambiar de una plataforma de Internet a otra o el uso de varias de ellas a la vez. Por ello, la combinación de bajos costes de cambio y de costes reducidos a la hora de crear una nueva plataforma puede mitigar la preocupación acerca de la ineficiencia dinámica y el efecto de cierre.

Con todo, no se debe negar la dificultad intrínseca presente en la aplicación de la política de la competencia en estos mercados. El análisis de la competencia entre plataformas depende de la apreciación de factores específicos (tales como las preferencias por el uso de una única plataforma o varias, el tamaño e intensidad de los efectos de red o la sensibilidad de la demanda ante cambios en los precios) de los que puede que no haya disponibles datos empíricos.

3. Práctica

Pasamos a realizar un sucinto repaso de los principales casos en la materia que han sido objeto de examen por parte de las autoridades de competencia estadounidenses y europeas, con el fin de destacar los sectores que se han visto afectados y las controversias que han suscitado.

Este repaso seguirá un análisis por sectores de actividad, señalando aquellos casos en los que las autoridades han cerrado la definición de un mercado relevante circunscrito a Internet, por oposición a aquellos casos en los que el sector en

cuestión continúa considerándose como un único mercado junto con su equivalente físico.

A) La Unión Europea y sus Estados miembros

Tanto la Unión Europea (UE) como sus Estados miembros constituyen el bloque regional que ha tomado la iniciativa en el estudio de prácticas anticompetitivas en el ámbito de Internet.

Servicios de agregación de noticias

Un primer foco de atención de las autoridades de competencia europeas han sido los servicios de agregación de noticias, y más concretamente aquel ofrecido por Google, conocido como Google News, por haber sido objeto de denuncia por parte de asociaciones de editores de prensa y revistas en Alemania, Italia, Francia y Bélgica.

La alegación básica de estas sociedades reside en que Google ofrece contenido de su propiedad sin recabar su consentimiento o pagar por él, lo cual además reporta a Google ingresos publicitarios. De modo paralelo, esgrimen que el servicio de Google priva de tráfico a las propias páginas de las publicaciones, con la consiguiente pérdida de ingresos publicitarios.

En primer lugar, cabe destacar el caso belga, en el que la sociedad que gestiona los derechos de los editores de periódicos belgas de lengua francesa, Copiepresse, demandó en 2007 a Google por violación de los derechos de propiedad intelectual ante los tribunales, los cuales acabaron estimando la demanda y obligando a suprimir en Google News las referencias a contenido de periódicos asociados a Copiepresse.

Más interés reviste el caso italiano,⁷ que dio lugar a la incoación de un expediente sancionador por abuso de posición dominante contra Google que ha concluido de forma convencional. El caso fue incoado en agosto de 2009 a raíz de una denuncia de la Asociación Italiana de Editores de prensa (FIEG) en la que ponía de manifiesto que cuando solicitaba que fuera dado de baja de Google News, dejaba de aparecer en los resultados del buscador de Google.⁸ Con posterioridad, el ámbito de investigación del caso se amplió a si constituía un abuso la falta de transparencia de los términos contractuales del programa de publicidad AdSense de Google por el cual Google intermedia entre los oferentes y demandantes de

7. Caso A420.

8. Así como el buscador de Google actuaría como servicio complementario a las páginas web de los editores de prensa (redireccionando el tráfico hacia las páginas web de los editores), Google News actuaría, en cambio, como un servicio sustitutivo de las páginas web de los editores.

publicidad, en relación con los pagos que debe realizar Google a las páginas web que alojan anuncios de terceros gestionados por Google. A la par que se comunicó la incoación del expediente se llevó a cabo una inspección domiciliaria.

Finalmente, en diciembre de 2010, la autoridad italiana aceptó los compromisos ofrecidos por Google, tras someterlos a la opinión de los actores interesados. Estos compromisos van dirigidos a garantizar que los periódicos no verán excluido su contenido del buscador de Google. Asimismo, Google se comprometió a facilitar más información acerca del reparto de ingresos del programa AdSense, en especial el porcentaje de los ingresos brutos que entrega a los editores.⁹

Por lo que respecta al caso francés, la autoridad francesa hizo público en diciembre de 2010 un informe sobre la competencia en el sector de publicidad en Internet, a petición del Ministerio de Economía. En él señala que la prensa es una de las industrias más afectadas por la prevalencia del buscador de Google, ya que los diarios actúan a la vez como clientes, socios, competidores y posibles proveedores de Google. En cuanto al servicio Google News, la autoridad francesa puso de manifiesto que consideraba muy importante que los editores de prensa pudieran darse de baja del servicio sin que ello conllevara dejar de aparecer en los resultados del buscador universal. Como resultado de esta observación, Google se comprometió con posterioridad a no excluir de la indexación de su motor de búsqueda a aquellos editores de prensa que renunciaran a aparecer en Google News.

En cuanto a Alemania, por el momento no se ha producido la incoación de expediente alguno, si bien Google News también ha sido objeto de denuncia, en este caso por parte de las asociaciones de editores de prensa y revistas VDZ y BDZV.

España no ha quedado al margen de la polémica generada por Google News entre la prensa escrita. Así, la Asociación de Editores de Diarios Españoles emitió un comunicado en diciembre de 2010 en el que emplazaba a las autoridades públicas españolas a que siguieran el ejemplo del informe de la autoridad de competencia gala sobre la competencia en el sector de publicidad en Internet, e investigasen si Google tiene una posición dominante en el mercado publicitario en línea y si está abusando de la misma. En el comunicado la Asociación expresaba también preocupaciones similares a las que se acaban de señalar para otros países europeos. Con todo, no ha llegado a presentar una denuncia ante la Comisión Nacional de la Competencia (CNC).

Publicidad en línea

Antes de estudiar los casos que se han presentado en relación con la publicidad en línea, resulta útil realizar una breve caracterización de la misma. Así, se puede

9. La lista de compromisos se puede consultar en http://www.agcm.it/trasp-statistiche/doc_download/2606-a420impegni.html

distinguir distintos tipos de publicidad en línea en función del mecanismo de selección:

- ligada o no a la búsqueda en Internet, entendiéndose por ligada a la búsqueda en Internet aquella publicidad que aparece junto a los resultados algorítmicos que arroja un buscador de Internet en función de la consulta realizada,¹⁰
- basada o no en el historial de navegación del usuario (información que se recopila a través de *cookies*), y
- los anuncios clasificados, que aparecen agrupados dentro de páginas web específicas bajo encabezamientos que clasifican los productos o servicios que se ofertan (como, por ejemplo, los pisos en venta en determinados barrios).

El negocio de la publicidad en línea no cesa de crecer a medida que los usuarios pasan más tiempo en Internet y utilizan la red para informarse. Así, en 2010, la publicidad en línea facturó en Europa casi 18 mil millones de euros, con un crecimiento del 15 % con respecto al año anterior. Dentro de esta cifra, un 45 % se correspondió a publicidad ligada a búsquedas en Internet, y un 33 % a publicidad en formato gráfico.¹¹

Por lo que respecta a España, sexto país europeo por facturación, el sector alcanzó una cifra de inversión de 789 millones de euros en 2010, mientras que la publicidad gráfica en Internet a través del móvil supuso 9,3 millones de euros, experimentándose un crecimiento del 20,7 % con respecto a 2009. De esta cifra, un 52 % se correspondió a publicidad ligada a búsquedas en Internet y un 47 % a publicidad gráfica.¹²

Dada la importancia de la publicidad ligada a búsquedas en Internet, resulta necesario realizar una breve explicación acerca del novedoso sistema empleado por los principales buscadores para vender este espacio publicitario. Así, el precio que paga un anunciante resulta de la subasta de la palabra clave buscada por el usuario (y junto a cuyos resultados de la búsqueda aparecerá el anuncio), pago que solo se realizará si el usuario pincha en el anuncio.

Las subastas se realizan en tiempo real, es decir, cada vez que el usuario realiza una consulta en el buscador. En ese caso cada anunciante ofrece una canti-

10. Por lo que respecta a los anuncios no ligados a búsquedas de Internet, estos aparecen en todo tipo de páginas web y pueden ser contextuales, es decir, seleccionados en función del contenido de la página web en la que aparecen.

11. Datos recogidos por *Interactive Advertising Bureau* (IAB) Europe a partir de las distintas oficinas nacionales europeas de IAB
<http://www.iabeurope.eu/news/online-display-advertising-bounces-back.aspx>

12. Datos extraídos del estudio «IAB Internet Advertising Revenue Report» de 2010 realizado PwC bajo el patrocinio de la IAB
<http://www.iabspain.net/ver.php?mod=noticias&identificador=88>

dad máxima que está dispuesto a pagar, asignándose las posiciones en la página web en función de las ofertas, ponderadas estas por un factor que recoge la relevancia del anuncio en relación con la búsqueda del usuario (que en adelante denominaremos factor de relevancia y que Google llama *quality score*), y, en el caso de que el anuncio sea visitado, el anunciante abonará la cantidad inmediatamente inferior a la suya ofrecida por un competidor.

Los principales precedentes comunitarios en la materia vienen dados por las decisiones en materia de concentraciones relativas a Google/DoubleClick¹³ (2008), SevenOne Media/G + J Electronic Media Service/Tomorrow Focus Portal/IP Deutschland/JV¹⁴ (2010) y especialmente Microsoft/Yahoo! Search Business¹⁵ (2010), por la que se aprobó la adquisición por parte de Microsoft del buscador y del negocio de publicidad ligada a búsquedas de Internet de Yahoo. En dichos precedentes la Comisión Europea (Comisión) alcanzó las siguientes conclusiones sobre la existencia de un mercado de producto relevante relativo a la publicidad en línea:

- la publicidad en línea es distinta de la *off line*;
- existe cierto apoyo para definir mercados más estrechos, si bien se dejó abierta la cuestión. Estos mercados más estrechos serían
 - la publicidad en línea ligada a búsquedas en Internet, dado que responde a una acción del usuario, y
 - la publicidad en línea en teléfonos móviles ligada a búsquedas en Internet, ya que diseñan específicamente para este dispositivo y adoptan la forma de breves textos en los que se puede pinchar para ir a la página web del anunciante o para llamarle con el móvil.

También consideró la Comisión como posible mercado de producto relacionado la intermediación en la publicidad en línea, aunque no se estimó necesaria su definición exacta.

Por lo que se refiere al ámbito geográfico del mercado de publicidad en línea o el más estrecho de la publicidad ligada a búsquedas en Internet, llegó a la conclusión de que este es de ámbito nacional a raíz de las garantías, gustos y lengua en los que tiene lugar.

Con todo, la autoridad de competencia que hasta ahora ha llegado más lejos en el análisis del mercado de la publicidad en línea ha sido la francesa. En primer lugar, cabe señalar la incoación de un expediente sancionador en 2010 a raíz de la denuncia que Navx, empresa que vende (utilizando exclusivamente publicidad en línea) bases de datos que identifican la posición de radares de tráfico, presentó

13. M. 4731.

14. M. 5676.

15. M. 5727.

contra Google por abuso de posición dominante, al haber suspendido su cuenta de AdWords por violación de su política de contenidos en relación con intentos de eludir los controles de tráfico en Francia.

A raíz de esta denuncia, la autoridad francesa adoptó una decisión de medidas cautelares en junio de 2010 en la que consideró que la política de contenidos de AdWords en relación a intentos de eludir los controles de tráfico había sido implementada bajo condiciones que carecían de objetividad y transparencia y ello conducía a que los proveedores de bases de datos de radares estuviesen sujetos a un tratamiento discriminatorio. Como resultado, obligó a Google a volver a activar la cuenta de cliente de Navx y a aclarar el alcance de la política de contenidos de AdWords aplicable a los dispositivos para eludir los radares de tráfico, así como los procedimientos que pueden conducir a la suspensión de la cuenta de cliente de un anunciante.

El expediente terminó de forma convencional en octubre de 2010 cuando la autoridad francesa dio por válidos los compromisos ofrecidos por Google para resolver los problemas de competencia detectados. Así, Google se comprometió a que el funcionamiento de su servicio AdWords fuera más transparente y predecible para los anunciantes en relación con los intentos de evitar los controles de tráfico en Francia mediante:

- la especificación de los dispositivos cuya publicidad está autorizada y el alcance de cualquier prohibición;
- la creación de un procedimiento de información de cualquier modificación que se realice de la política de contenidos de AdWords, y
- la especificación de los motivos y trámites procedimentales que pueden conducir a la suspensión de una cuenta.

Asimismo, Google manifestó que en la práctica aplicaría los principios de estas mejoras y aclaraciones a la política de contenidos y normas del servicio AdWords en todos aquellos países en los que el servicio esté disponible.

Con posterioridad, en diciembre de 2010 la autoridad francesa hizo público un informe exhaustivo sobre el funcionamiento del mercado de la publicidad en línea, elaborado a petición del Ministerio de Economía francés. En su elaboración se invirtieron ocho meses de trabajo en los que fueron consultados gran número de actores del sector. Basándose en sus respuestas, la autoridad francesa estimó que el mercado de la publicidad en línea constituye un mercado de producto diferenciado y que dentro del mismo se puede distinguir el de la publicidad ligada a búsquedas en Internet, en el que Google sería dominante, y el de la oferta de referencias en anuarios en línea, en donde las Páginas Amarillas francesas serían dominantes.

Asimismo, analizó la compatibilidad de ciertas prácticas del sector a la luz del Derecho de la Competencia, identificando aquellas susceptibles de ser anticompetitivas (en un total de 14). En ciertas cuestiones concretas, incluso la autori-

dad sugirió la posibilidad de adoptar medidas regulatorias (como en el caso de la prensa, vid. *supra*) y la necesidad de implementar requisitos de transparencia en el sector.

Buscadores de Internet

Al igual que se ha realizado con la publicidad en línea, resulta esclarecedor realizar una breve descripción del funcionamiento del mercado de los buscadores en Internet. Así, cabe distinguir los siguientes tipos de buscadores presentes en el mercado:

- los motores de búsqueda universales u horizontales (a los que nos referiremos en general al hablar de motores de búsqueda, salvo que se indique lo contrario), que, como su nombre indica, permiten la búsqueda de cualquier tipo de información;
- los motores de búsqueda verticales, que realizan búsquedas de una temática concreta, como puede ser un buscador de vuelos, y que, por tanto, ofrecen resultados más ajustados a la consulta del usuario, y
- los buscadores propios de una página web, como puede ser el que emplea Amazon dentro de su página web.

Los motores de búsqueda universales se financian a través de la publicidad que hemos dado en llamar «ligada a la búsqueda en Internet» y que adopta la forma de enlaces (*links*) a páginas web que aparecen junto a los resultados de la búsqueda realizada.¹⁶

El precedente comunitario más destacado hasta la fecha ha sido también la decisión sobre la concentración Microsoft/Yahoo! Search Business. Esta concentración suponía pasar de tres a dos actores principales en la búsqueda universal en Internet. Con todo, las fuentes consultadas en el seno del test de mercado realizado al efecto opinaron favorablemente sobre la concentración y esperaban que reforzase la competencia en el mercado, a lo cual se añadía el hecho de que la cuota de mercado conjunta de los partícipes era reducida.

Pese a lo anterior, dicha decisión no se pronunció sobre la existencia de un mercado de producto relevante relativo a la búsqueda en línea. En contra de su

16. Así, cabe distinguir los siguientes grupos de usuarios a los que la plataforma que supone un buscador pone en contacto:

- los usuarios del buscador de modo gratuito;
- los editores de páginas web, tales como periódicos digitales;
- los anunciantes, y
- los llamados distribuidores de puntos de entrada a los servicios de un buscador. Estos distribuidores serían los fabricantes de hardware, vendedores de software y proveedores de servicios de Internet, que alcanzan un acuerdo con un buscador para distribuir barras de herramientas y establecer una configuración por defecto que dirijan al usuario a su motor de búsqueda.

definición juega el hecho de que tradicionalmente no se ha considerado que un servicio gratuito compita en un mercado. Sin embargo, en el caso español este argumento ha perdido peso tras la resolución de la CNC en el expediente de concentración Telecinco/Cuatro,¹⁷ en la que la CNC ha definido un mercado de televisión en abierto diferente del mercado de la publicidad televisiva, pues la televisión en abierto sigue un modelo económico similar a ciertos servicios prestados a través de Internet tales como la búsqueda en Internet: aunque no hay contraprestación monetaria, el usuario asume como «precio» del servicio la recepción de mensajes publicitarios.^{18,19}

Incluso resulta muy verosímil que en un futuro se definan mercados más estrechos en relación a la búsqueda en Internet, de ser necesario, pues desde el lado de la oferta existen grandes diferencias entre los diferentes segmentos (por ejemplo, entre búsquedas verticales y universales) por lo que se refiere a hardware, *know how* y formación de los ingenieros necesarios para su desarrollo. Asimismo, cabe señalar que mientras que Google no es un operador «irremplazable» en el segmento de búsquedas verticales, no ocurre lo mismo en el de búsquedas universales.

A lo dicho es preciso sumar la investigación formal abierta por la Comisión en noviembre de 2010 contra Google, por posible abuso de posición dominante en la búsqueda en Internet y en la publicidad en línea. La investigación se deriva de las denuncias presentadas por tres empresas: 1plusV, empresa francesa propietaria del motor de búsqueda vertical francés Ejustice especializado en Derecho, Foundem, motor de búsqueda vertical británico especializado en comparativas de precios, y Ciao, portal web propiedad de Microsoft en el que se alojan críticas de productos de consumo y comparaciones de los precios de dichos productos en distintas tiendas en línea, financiándose mediante ingresos publicitarios.²⁰

Por lo que respecta a la búsqueda en Internet, donde la Comisión estima que Google gozaría de posición dominante, estudiará si Google ha relegado en el posicionamiento de los resultados de búsqueda a los servicios de buscadores verticales competidores y si ha proporcionado un tratamiento preferente a los resultados de sus propios servicios de búsqueda vertical con el fin de desplazar a servicios competidores al restarles tráfico web y visibilidad. También tratará de averiguar si Google ha impuesto condiciones de exclusividad a vendedores de software y de ordenadores, con el fin de desplazar herramientas de búsqueda de competidores.

17. C/0230/10.

18. A ello cabe sumar que Internet permite además recopilar información personal del usuario, lo cual posibilita a su vez una acción de marketing más individualizada.

19. Agradezco a Alberto Rodríguez Raposo que me señalara este precedente y su repercusión sobre los servicios prestados a través de Internet.

20. Casos 39775 1plusV / Google, 39740 Foundem / Google y 39768 Ciao / Google.

En lo que atañe a la publicidad en línea, la Comisión investigará si Google ha reducido el factor de relevancia (*quality score*) que influye en la fijación del precio a pagar por la publicidad ligada a búsquedas (AdWords), a los servicios de buscadores verticales que compiten con Google, con el fin de aumentar el precio que estos pagan por su publicidad.²¹ Asimismo, la Comisión tratará de determinar si Google ha impuesto condiciones de exclusividad a sus socios publicitarios, impidiéndoles colocar publicidad de plataformas rivales en sus páginas web. Por último, estudiará si existen restricciones a la portabilidad de los datos de una campaña publicitaria en línea a plataformas de publicidad en línea rivales.

Comercio electrónico

En relación con el comercio electrónico es preciso destacar, en primer lugar, la regulación que al respecto ha introducido el nuevo Reglamento de la Comisión, de 20 de abril de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas (Reglamento de Exención por Categorías), así como las Directrices relacionadas.

Tradicionalmente la venta en línea se ha considerado como una forma de venta pasiva que no podía ser prohibida de forma rotunda por el proveedor o fabricante. Bajo el Derecho Comunitario, los distribuidores deben gozar, por lo general, de libertad para vender en sus páginas web. De hecho, el nuevo Reglamento y las citadas Directrices proporcionan ejemplos de tipos de acuerdos que se considerarán como restricciones especialmente graves a la venta en línea pasiva, como por ejemplo:

- obligar a los distribuidores a redirigir automáticamente a los clientes sitios fuera de su territorio a otra página web;
- no completar la transacción de un cliente por Internet si los datos de la tarjeta de crédito revelan una dirección fuera del territorio del distribuidor;
- limitar el número o proporción de unidades que pueden venderse en línea, y
- cobrar mayores precios por unidades vendidas en línea (precios duales).

21. Si dos anunciantes emplean las mismas palabras clave, la página web que tenga un menor *quality score* tendrá que ofrecer un precio mayor para poder aspirar a la misma posición que el otro. Los detalles precisos que determinan el *quality score* del anuncio no son públicos, si bien persiguen tener en cuenta la relevancia del anuncio en relación a la palabra buscada en Google (y que activa el anuncio), pudiendo también entrar en juego el historial de tráfico del propio anuncio y el historial del anunciante con Google.

Asimismo, las nuevas Directrices proporcionan una orientación más detallada acerca de los tipos de acuerdos que afecten a la venta en línea que no se considerarán restricciones especialmente graves y que normalmente son permisibles. Por ejemplo, al igual que en el mundo físico, los proveedores pueden imponer restricciones al uso de Internet para proteger a sus distribuidores exclusivos de las ventas activas en sus territorios exclusivos, lo cual incluye restricciones en el uso de la publicidad en línea para captar determinados clientes (tal y como anuncios gráficos en páginas web de terceros en función de la zona geográfica).

De igual modo, las nuevas Directrices indican que será permisible en los acuerdos de distribución selectiva el imponer estándares de calidad a las páginas web y a las actividades de venta en línea de un comprador o distribuidor. Los proveedores también pueden obligar a los distribuidores a mantener una o varias tiendas físicas y a realizar un determinado número de ventas a través de este canal.

Dentro del comercio electrónico, la partida con mayor facturación ha sido la venta de viajes y dentro de esta, la de vuelos. Tal ha sido el éxito de este canal de venta que cabe preguntarse si ha llegado a configurarse como un mercado de producto diferenciado. La reciente decisión de la Comisión por la que autorizaba a Axa y Permira a adquirir el control conjunto de las páginas web de venta de viajes Opodo, Go Voyages y Edreams,²² ha permitido revisitarse la cuestión.

Así tradicionalmente la Comisión ha considerado como mercados diferenciados la venta minorista de viajes organizados por motivos de ocio y la venta minorista de viajes organizados de modo independiente por motivos de ocio (en el que el consumidor adquiere los distintos elementos de forma separada), dejando abierta la posibilidad de distinguir mercados diferenciados en función de si el canal de venta es físico o Internet.²³

La Comisión concluye en la citada decisión, tras realizar un test de mercado, que la venta minorista en línea de viajes por motivos de ocio podría constituir un mercado separado. A su vez, considera que dentro de este podría existir un submercado para la venta minorista en línea de vuelos por motivos de ocio, que a efectos de la concentración notificada comprendería tanto a las aerolíneas como a las agencias de viajes en línea.²⁴

Por lo tanto, aunque la Comisión sigue sin pronunciarse claramente sobre la existencia de un mercado de venta minorista en línea de viajes por motivos de ocio, parece ser que ello puede producirse en un futuro cercano.

22. M.6163.

23. M.5996 Thomas Cook / Travel Business of Co-operative Group / Travel Business of Midlands Co-operative Society, párrafos 20, 28 y siguientes.

24. M.6163, párrafo 28.

B) Estados Unidos

Nuestro análisis de los casos de competencia más señeros que han afectado a Internet prosigue con los Estados Unidos, país cuyo liderazgo en Internet y dinamismo económico dieron pie a la aparición de la mayoría de los mercados relacionados con Internet. Sin embargo, como veremos, la actividad de las autoridades estadounidenses de competencia en la investigación de prácticas anti-competitivas no ha sido tan intensa como la europea.

Publicidad en línea

La actividad de las autoridades estadounidenses en relación con Internet se centró inicialmente en el examen de operaciones de concentración en el mercado de la publicidad en Internet. Así, la Comisión Federal de Comercio (FTC, por sus siglas en inglés) aprobó en diciembre de 2007 la compra de DoubleClick por parte de Google sin condiciones como hizo también la Comisión Europea.

Posteriormente, en junio de 2008 y como siguiente movimiento corporativo destacado en el sector, Yahoo llegó a un acuerdo no exclusivo con Google para los mercados de Estados Unidos y Canadá bajo el cual Google pasaba a sustituir una parte significativa de la publicidad contextual²⁵ y ligada a búsquedas que aparece en el buscador de Yahoo y en las páginas web de terceros que utilizan también su buscador (por ejemplo, periódicos y tiendas en línea) bajo un esquema de reparto de ingresos.

Desde un principio, el acuerdo generó una fuerte controversia por su impacto sobre la competencia, dado que Google y Yahoo tenían una cuota de mercado conjunta superior al 90 % en los dos mercados relevantes de producto que el DJ identificó en la investigación que inició del acuerdo: publicidad ligada a búsquedas y búsquedas dentro de páginas web de terceros asociados. Además, como señaló el propio DJ, Google y Yahoo competían en otras variables, en especial en innovación, con el fin de mejorar el casamiento de las consultas al buscador con publicidad relevante.

Así, una de las cuestiones fundamentales que se suscitaron en la investigación fue si dicho acuerdo debía ser contemplado con un acuerdo de «externalización» tradicional, similar a los que Google tenía con otros muchos medios de comunicación en línea, o si debía considerarse como un acuerdo horizontal entre competidores que reduciría la competencia y conduciría a mayores precios y una menor innovación. Las pruebas recabadas durante la investigación condujeron a

25. Por contextual, se entiende aquella publicidad en línea, no ligada a búsquedas en Internet, seleccionada en función del contenido de la página web en la que aparecen

las autoridades a concluir que las partes devendrían colaboradores, más que competidores, en una parte significativa de los mercados relevantes y que Yahoo vería reducidos significativamente sus incentivos para invertir en aquellos aspectos de su negocio de publicidad que a raíz del acuerdo habría pasado a externalizar a Google. Por último, la investigación también puso de manifiesto que Yahoo constituía de forma destacada el principal competidor de Google en los dos mercados relevantes señalados.

A pesar de los compromisos que ofrecieron las partes,²⁶ el DJ decidió que iba a solicitar a los tribunales la prohibición del acuerdo, ante lo cual las partes decidieron abandonar el mismo en noviembre de 2008.²⁷

Mientras tanto, en febrero de 2009, se produjo la primera demanda privada ante los tribunales contra Google por prácticas anticompetitivas. En ella TradeComet, propietaria del motor de búsqueda vertical para comercio electrónico entre empresas SourceTool.com, acusó a Google de estar tratando de expulsarle del mercado de búsquedas verticales mediante una subida del precio del servicio de publicidad relacionada con búsquedas AdWords. Sin embargo, la demanda fue desestimada por no haberse presentado ante el tribunal competente.

Sin embargo, otra demanda posterior, de febrero de 2010, ha corrido mejor suerte y va camino de llegar a juicio, previsto para el 5 de diciembre de 2011. En este caso, la página web de comparación de precios myTriggers acusa a Google también de tratar de excluirle del mercado de búsquedas verticales reduciendo de modo injustificado el factor de relevancia (*quality score*) a la hora de participar en subastas de publicidad relacionada con búsquedas en Internet.

Por otro lado, las operaciones de concentración siguieron manteniendo su ritmo y en mayo de 2010 la FTC decidió no oponerse a la compra de la empresa Admob, especializada en publicidad para Internet móvil consistente en anuncios en formato gráfico (*display advertising*), por parte de Google, tras un examen en profundidad de la misma.

La principal preocupación de la FTC eran los efectos unilaterales de la concentración, pues ambas empresas constituían los dos principales actores en publicidad para Internet móvil. Sin embargo, las dudas de la FTC se disiparon cuando Apple anunció la adquisición Quattro Wireless, la tercera empresa del sector, dado que estimó que Apple pasaría a ser un fuerte competidor en la publicidad en Internet móvil.

26. Estos compromisos incluían

- una limitación de los ingresos que Yahoo podía obtener de Google (25 %);
- permitir a los anunciantes de Google que puedan ser excluidos del buscador de Google, y
- una vigencia del acuerdo de dos años, en lugar de los diez inicialmente previstos, aunque las partes no dejaban claro que sucedería tras estos dos años.

27. http://www.justice.gov/atr/public/press_releases/2008/239167.htm

<http://www.justice.gov/atr/public/244014.pdf>

Finalmente, cabe señalar que, a la fecha de redacción del presente artículo, el DJ se encuentra examinando en profundidad la compra por parte de Google de Admeld, empresa especializada en publicidad en formato gráfico (*display advertising*), la cual reforzaría la cuota de mercado de Google en este mercado en el que irrumpió precisamente en 2007 a raíz de la compra de DoubleClick.

Búsquedas en Internet

La primera investigación antimonopolio en Estados Unidos relativa a Internet ha tenido lugar en julio de 2010 cuando el fiscal general de Texas anunció la apertura de una investigación a Google a raíz de las denuncias recibidas por parte de tres buscadores verticales a los que se ha hecho referencia anteriormente: Foundem, TradeComet y myTriggers. El objeto de la investigación tratará de esclarecer si Google ha manipulado los resultados de su buscador de Google y a la publicidad ligada a búsquedas (AdWords) contraviniendo la legislación de competencia.

En el marco de esta investigación, el Fiscal General de Texas ha requerido a Google para que aporte documentación que cubre un ámbito temporal de seis años en relación a cómo gestiona sus resultados de búsqueda y lleva a cabo las subastas de AdWords. Más concretamente, se han requerido

- documentos que atañen a cómo Google fija o modifica los precios en AdWords;
- toda documentación que haga referencia a la modificación manual de la clasificación de resultados de búsqueda fruto del algoritmo de Google;
- toda aquella documentación que muestre que Google haya relajado o dejado de aplicar los criterios de determinación de la calidad a una página web que aparezca en sus resultados de búsqueda, y
- la identificación de aquellos empleados o documentos relacionados con los tres denunciantes anteriormente citados.²⁸

Al fiscal general de Texas se le ha sumado en junio de 2011 la FTC, que ha anunciado que iniciaba una investigación en profundidad de las prácticas comerciales de Google por posible abuso de posición dominante. Aunque no han traslucido apenas detalles de esta investigación, parece ser que abarca su buscador, el negocio de publicidad en línea y el sistema operativo Android, mayoritario entre los dispositivos móviles.

28. KNOX, R. 2011. *A deeper search*, GCR March, Volume 14, Issue 3.

Comercio electrónico

En el ámbito del comercio electrónico el caso que ha gozado de mayor notoriedad ha sido el litigio judicial abierto a propósito del borrador de acuerdo alcanzado entre Google y las Asociaciones de Autores y Editoriales Americanas por el que Google se comprometía a compensar económicamente a los titulares de los derechos de autor de los libros que estaba buscando dentro de su proyecto de creación de la mayor biblioteca digital del mundo y que cubría también el caso de libros descatalogados.

El DJ denunció el borrador de acuerdo ante los tribunales en septiembre de 2009, por considerar que violaba la legislación de competencia al otorgar a Google un control desproporcionado sobre los derechos de miles de libros descatalogados, lo cual afectaba la competencia en dos áreas básicas:

- la entrada en la distribución mayorista de libros electrónicos, al verse influido el acceso a dichos libros, y
- la competencia minorista en precios, tanto por lo que respecta a la fijación de los precios como a la capacidad de realizar descuentos y los acuerdos de reparto de ingresos.

El borrador de acuerdo también suscitó un fuerte rechazo entre la comunidad editorial y los competidores de Google, que esgrimieron que daba pie a la creación de un cártel entre las editoriales y a un monopolio de Google sobre ciertos libros descatalogados (aquellos cuyos autores no pudieran ser localizados), lo que redundaría en una reducción de la competencia en la edición de libros electrónicos.

El asunto era ciertamente complejo y con importantes conexiones con el Derecho de la Propiedad Intelectual y finalmente, en marzo de 2011, el juez declaró contrario a derecho el borrador de acuerdo.²⁹ Así, el juez consideró que el acuerdo daría a Google una ventaja significativa frente a sus competidores. Además, estimaba excesivo que el acuerdo permitiera a Google publicar en formato electrónico libros sin el permiso de los titulares de sus derechos, por lo que sugería modificar el acuerdo de modo que solo quedaran cubiertos por el mismo los titulares que hubiesen mostrado su conformidad.

También cabe destacar el análisis detenido que ha merecido por parte del DJ la adquisición en julio de 2010, por parte de Google, de ITA Software (ITA), empresa que tiene como actividad el desarrollo y la comercialización de una tecnología de software que permite buscar información de vuelos (horarios,

29. La sentencia se puede consultar en

http://www.authorsguild.org/advocacy/articles/scott-turow-on-google.attachment/google-books-opinion-6724/Google%20Books%20Opinion%2005_CIV_8136.pdf

precios...) a través de un motor de búsqueda que agrega la información de diferentes sitios web, ofreciendo una comparativa de las diferentes opciones disponibles.³⁰ Entre los clientes del software de ITA cabe señalar a las aerolíneas, las agencias de viajes en línea y, en menor medida, los consumidores finales.

Desde un principio, la operación despertó una fuerte oposición por parte de los competidores de Google y clientes de ITA. La preocupación principal residía en que Google tratase de expulsar a las empresas que utilizan la tecnología de ITA, ya sea directamente, negándoles el suministro de esta, o indirectamente, dirigiendo el tráfico desde su buscador universal a su buscador vertical de vuelos en ITA o la página de agencia de viajes en línea que Google tiene previsto abrir, con la consiguiente pérdida de ingresos por publicidad y por ventas.

Tras un prolongado estudio de la concentración, en abril de 2011 el DJ mostró su conformidad a la misma sujeta a la adopción de ciertos compromisos de comportamiento.³¹ El DJ reconoció que Google adquiriría un *input* crítico de empresas que competirían con ella en mercados descendentes. Por ello, Google se comprometía mayormente a:

- continuar proporcionando licencias de la tecnología de ITA bajo condiciones justas, razonables y no discriminatorias (más conocidas como FRAND, por sus siglas en inglés);
- continuar invirtiendo en mejorar la tecnología de búsqueda de vuelos de ITA;
- crear murallas chinas internas para que Google no pueda utilizar información comercialmente sensible de páginas web de viajes que empleen la tecnología de ITA, para competir con estas;
- someter a arbitraje las controversias que en materia de precios de la licencia tenga con sus clientes, y
- proporcionar documentación y permitir que sus directivos sean interrogados cuando el gobierno estime que las condiciones del acuerdo no han sido respetadas.

Cabe señalar que el acuerdo fue recibido positivamente por los clientes de ITA.

Finalmente, en junio de 2011, la FTC ha recibido una denuncia de una asociación de consumidores contra Facebook por posible abuso de posición dominante en relación con su moneda en línea, conocida como Facebook Credits, que se utiliza para comprar objetos en los juegos de esta red social.³² Más

30. Se trataría, por lo tanto, de lo que hemos denominado un buscador en Internet vertical.

31. La documentación relativa al acuerdo alcanzado se puede consultar en <http://www.justice.gov/atr/cases/google.html>

32. La denuncia se puede consultar en http://www.consumerwatchdog.org/resources/cwd_ftc_facebook_credits_complaint-3.pdf

concretamente, se denuncia que las nuevas condiciones contractuales de Facebook (que entraron en vigor el 1 de julio de 2011) obligan a los desarrolladores a emplear su moneda virtual en los juegos que utilicen la plataforma de Facebook. Asimismo, se alega que Facebook está impidiendo que los desarrolladores puedan cobrar menores precios fuera de la red de Facebook y que les obligue a pagar una comisión del 30 % por todas las compras de Facebook Credits.

Servicios de agregación de noticias

Por último, cabe señalar que el DJ ha tenido oportunidad de estudiar el sector de los servicios de agregación de noticias cuando en febrero de 2010 decidió no oponerse a la creación de un servicio de agregación de noticias de suscripción, Global News Service, por parte de la empresa MyWire.³³ El servicio iba a agregar noticias en línea de distintos editores, incluyendo audio y vídeo, en un único sitio y las ordenaría por temas en páginas individuales. El DJ concluyó que el servicio no reduciría la competencia entre editores web porque no es exclusivo y operará al margen de estos. Además, conllevará efectos positivos para editores y lectores, al reducir los costes de distribución para los primeros y permitir el acceso a un amplio abanico de información relacionada sin tener que recurrir a búsquedas en Internet en el caso de los segundos.

4. Conclusión

Quizá con cierta demora las autoridades de competencia están comenzando a investigar si la libre competencia goza de buena salud en las actividades que se desarrollan en Internet, especialmente en aquellas donde existe una empresa con una elevada cuota de mercado.

Sin embargo, en descargo de las autoridades de competencia, cabe afirmar que, a raíz de las características que se han señalado sobre estas actividades, el análisis de la competencia en este tipo de sectores resulta bastante complejo, lo cual incluye la propia definición del mercado. En concreto, su intensa innovación provoca que a menudo estemos en presencia de prácticas empresariales novedosas y de estructuras de mercado que pueden cambiar con relativa rapidez. Por ello, encuentra cierto apoyo una aplicación de la política de competencia a los mismos con mayores cautelas que en industrias más tradicionales.

En el artículo también se ha puesto de relieve que la teoría económica relativa a la competencia entre plataformas proporciona el marco teórico apropiado

33. Véase

<http://www.justice.gov/atr/public/busreview/255624.pdf>

para realizar el análisis de estos mercados en los que existen tantos precios como grupos de usuarios conectados por la plataforma. Este mismo marco recalca, corroborado por la práctica, que existe, por lo general, una tendencia natural a la concentración en estos mercados.

El examen de los casos más relevantes en la materia ha puesto de manifiesto que Google está centrando buena parte de las miradas de las autoridades de competencia, tanto por su política de adquisiciones como por las denuncias por prácticas anticompetitivas de las que ha sido objeto.

Este interés no es de extrañar dado el dominio que ejerce Google sobre dos elementos esenciales de la economía de Internet:

— La búsqueda, ya que los buscadores constituyen la principal puerta de acceso a la información en Internet, determinando el tráfico de datos en Internet (aparecer más arriba o más abajo en la lista de resultados modifica el tráfico hacia una página web) e influyendo así en gran número de mercados.

Asimismo, no cabe olvidar que este mercado constituye la principal línea de negocio de Google y la fuente de casi todos sus ingresos mediante la publicidad en línea ligada a búsquedas.³⁴

— La publicidad, como principal fuente de ingresos de los proveedores de contenidos.³⁵

La preocupación esencial de las autoridades parece residir en determinar si Google trata de extender su poder de mercado a otros mercados relacionados, ya sea vía adquisiciones o de forma anticompetitiva, con el resultado de que otras empresas puedan quedar excluidas, pues existe el incentivo por parte de Google para tratar de monetizar dicho dominio, creando ventajas en mercados relacionados.

Y sin duda, una cuestión importantísima que está presente en dicho análisis es la opacidad en la que opera Google en cuanto a los criterios que guían el posicionamiento de los resultados en el buscador³⁶ y la relevancia de un anuncio en su programa de publicidad ligado a búsquedas (*quality score*). Los competidores de Google en los distintos mercados ven en esta falta de transparencia una puerta abierta al abuso de posición dominante. Sin embargo, existe también justificación en la forma de proceder de Google, pues su opacidad impide que terceros puedan manipular los posicionamientos, tanto en publicidad como en

34. Así, de los 29.321 millones de dólares de ingresos que tuvo en 2010, 28.236 correspondieron a publicidad (96 %).

35. Según comScore, Google controlaba en febrero de 2011 el 65 % del negocio de publicidad en línea, lo cual le convierte en la primera elección de los anunciantes. Microsoft y Yahoo.se reparten el 30 %. Mientras que Facebook emerge con fuerza, y alcanza ya el 5 % del total.

36. Google utiliza una medida denominada PageRank para valorar cada página web.

resultados de búsqueda. Además, la transparencia no debe suponer que una empresa deba hacer públicos secretos comerciales de los que depende su valor.

Eventualmente, será preciso alcanzar un equilibrio entre ambos intereses contrapuestos y una solución razonable y ágil al respecto podría ser obligar a Google a acudir al arbitraje en aquellas disputas que se susciten a propósito de la neutralidad de los criterios de posicionamiento.³⁷

Hasta ahora se ha hecho énfasis en la necesidad de que la política de competencia tenga en cuenta las especificidades propias de las actividades que se desarrollan en Internet a la hora de analizar la competencia en estos mercados. Sin embargo, también es igualmente importante que dicha política se adapte a las necesidades que, desde un punto de vista procedimental, requieren estos mercados, pues dada su dinámica y los plazos que se barajan en las investigaciones por prácticas restrictivas de la competencia (no así en el control de concentraciones empresariales) el daño al interés público puede ser de muy difícil reparación para cuando se resuelva el expediente.

Por tanto, el factor tiempo en estos mercados es una variable estratégica clave que debe entrar en la ecuación de decisión de las autoridades para que los comportamientos anticompetitivos no salgan a cuenta para el infractor. La respuesta obvia ante este desafío es proceder de forma más expeditiva en la resolución de los expedientes en que la innovación juegue un papel esencial,³⁸ lo cual va a requerir un esfuerzo e ingenio adicional por parte del personal de las autoridades de competencia, dado el conocimiento técnico que exigen estas industrias para su adecuada comprensión.³⁹

Puede plantearse como alternativa un uso más vigoroso de las medidas cautelares en presencia de estos mercados. Sin embargo, esta vía no está exenta de serios problemas porque resulta complicado valorar la irreparabilidad del daño de una supuesta práctica anticompetitiva sin entrar a estudiar el fondo del asunto, sobre todo a raíz de la novedad de muchas prácticas empresariales y modelos de negocio, de las que puede existir una justificación de eficiencia.

A la luz de estos problemas, podría cobrar fuerza también un empleo más extendido de la terminación convencional, y así lograr una más ágil remoción de los posibles obstáculos a la competencia en estos mercados. Las experiencias de las autoridades de competencia francesa e italiana muestran que esta puede constituir una vía fructífera.

37. Cuestión que merece un tratamiento aparte es el diseño de este arbitraje, del cual dependerá su eficacia. Así, deberían quedar garantizados en el arbitraje, entre otros aspectos esenciales, la formación técnica de los árbitros, sus poderes de acceso a información de Google y que se minimizan las posibilidades de que se abuse de este recurso.

38. Por lo tanto, esta reivindicación no sería exclusivamente predicable de las actividades que se desarrollan en Internet, sino que se extendería a todas las industrias en las que la innovación juegan dicho papel esencial.

39. Para un tratamiento más amplio de la problemática a la que se enfrenta el Derecho Administrativo en su función de regulación de la actividad económica, véase BARRIO ANDRÉS, M. 2011. *La intervención pública en la economía*, en VV.AA., Derecho Administrativo, Tomo III, Editorial Dykinson, Madrid.

En resumidas cuentas, parece que el problema no reside tanto en la necesidad de arbitrar nuevos mecanismos procedimentales para abordar con la celeridad necesaria el estudio de estos mercados, dado que estos mecanismos ya existen, sino más bien en la labor de movilizar los recursos necesarios que requieren para así alcanzar ese difícil equilibrio subyacente en toda investigación entre celeridad y estudio detenido.

Todo lo anterior muestra que la aplicación de la política de competencia a las actividades que se desarrollan en Internet se ha convertido en una de las tareas más importantes y complejas a las que se enfrentan las autoridades de competencia. Qué duda cabe que, a medida que la actividad en Internet profundice en los nuevos derroteros que se han abierto (redes sociales, Internet móvil, informática en la nube...), a las autoridades de competencia les aguardan importantes retos.

LA VIGILANCIA DE LAS RESOLUCIONES DEL CONSEJO DE LA CNC

BEATRIZ COVACHO DE LA TORRE

Inspectora de Competencia de Apoyo a la Dirección de Investigación de la CNC

CARIDAD VILLANUEVA

Subdirectora adjunta Unidad de Apoyo de la Dirección de Investigación de la CNC

«Eterna vigilancia es el precio de la libertad»

Thomas Jefferson

1. Introducción

En estos últimos años la política de defensa de la competencia ha estado sometida a una serie de innovaciones a las que, como no podía ser menos, no han sido ajenas las funciones de vigilancia.

Mientras que la anterior Ley 16/89, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, al referirse a las funciones de vigilancia en su artículo 31, apartado b) circunscribía estas a *«vigilar la ejecución y cumplimiento de las resoluciones que se adopten en aplicación de esta ley»*, la nueva normativa, la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), establece en su **artículo 41** la facultad de la Comisión Nacional de la Competencia¹ (CNC) de *«vigilar la ejecución y el cumplimiento de las obligaciones previstas en la presente ley y sus normas de desarrollo así como de las resoluciones y acuerdos que se adopten en aplicación de la misma, tanto en materia de conductas restrictivas como de medidas cautelares y de control de concentraciones»*. Como puede verse, hay un cambio sustancial en cuanto al ámbito de la vigilancia que actualmente se vincula a las *«obligaciones»* de dicha ley y que, en gran medida, entronca con las circunstancias que abocaron al cambio normativo.

1. Disposición adicional octava LDC, *Referencias a la Comisión Nacional de la Competencia y a sus órganos de dirección. «Las referencias contenidas en esta ley a la Comisión Nacional de la Competencia y a sus órganos de dirección relativas a funciones, potestades administrativas y procedimientos, se entenderán también realizadas a los órganos de instrucción y resolución correspondientes de las comunidades autónomas con competencia en la materia cuando las mismas se refieran a las competencias correspondientes previstas en el artículo 13 de esta ley»*.

La nueva LDC tiene su origen en la necesidad de adecuar la vigente normativa española a los cambios y a los nuevos desarrollos normativos producidos en el ámbito de la Unión Europea. Junto a ello, había que integrar las atribuciones de las comunidades autónomas españolas en la aplicación de las disposiciones relativas a prácticas restrictivas de la competencia. Por otro lado, era conveniente potenciar los mecanismos e instituciones necesarios para preservar la competencia, sin deterioro de la competitividad, en un entorno productivo cada vez más dinámico y complejo, en el cual cada día se producen nuevos avances en la apertura a la iniciativa privada de mercados tradicionalmente cerrados o hasta entonces prácticamente desconocidos.

De ahí que, ya en la exposición de motivos, se recojan como principios la garantía de la seguridad jurídica de los operadores económicos, la independencia de la toma de decisiones, la transparencia y responsabilidad frente a la sociedad de los órganos administrativos encargados de la aplicación de la ley, la eficacia en la lucha contra las conductas restrictivas de la competencia, la búsqueda de la coherencia de todo el sistema y, en particular, de una adecuada imbricación de los distintos planos institucionales que interactúan en este terreno

En esta búsqueda de coherencia entre los distintos planos que interactúan, se han hecho patentes las novedades con respecto a la Ley 16/89. En dicha ley, el Servicio de Defensa de la Competencia era el órgano encargado de la vigilancia del mercado y de la instrucción de los expedientes en los procedimientos de infracción o autorización. Estaba integrado en la Secretaría de Estado de Economía a través de la Dirección General de Defensa de la Competencia. Se trataba, pues, de un órgano de la Administración del Estado sometido al principio de jerarquía y que, por lo tanto, a diferencia del Tribunal de Defensa de la Competencia, recibía órdenes e instrucciones del Gobierno

El objetivo fundamental de la nueva ley fue la modificación del sistema institucional, lo cual no obsta para que la reforma se extendiera a otros muchos extremos, algunos de ellos muy novedosos.

Entre las novedades que supuso la Ley 15/2007, podemos señalar tres principales. La primera es la creación en el ámbito estatal de una institución única e independiente del Gobierno, la Comisión Nacional de Competencia, cuyas funciones reunían las hasta entonces atribuidas al Servicio de Defensa de la Competencia y al Tribunal de Defensa de la Competencia. La segunda supuso la atribución a los jueces de lo mercantil de la competencia para la aplicación de lo dispuesto en la citada ley en materia de conductas restrictivas a la competencia y, finalmente, los mecanismos para la coordinación de todos los agentes involucrados en la aplicación de la LDC.

La creación de una nueva autoridad podía hacerse a través de dos modelos diferentes. El primero, de estructura vertical, implicaba que las funciones de instrucción y vigilancia que correspondían al servicio pasaran a depender del órgano encargado de las funciones de resolución. El segundo implicaba configurar una estructura de carácter piramidal, con un presidente a la cabeza del que depende-

rían los órganos de instrucción y de resolución, manteniéndose estas funciones separadas. La ley optó por el segundo modelo considerándolo más adecuado para respetar la exigencia constitucional de separar la instrucción de la resolución en los expedientes sancionadores, por lo que la nueva Comisión Nacional de la Competencia tiene una estructura piramidal, en cuyo vértice se sitúa la Presidencia y debajo, separados, el Consejo —órgano encargado de la resolución—, y la Dirección de Investigación —órgano instructor de los expedientes, tanto sancionadores como de concentración y vigilancia.

No acaban aquí las novedades introducidas por la Ley 15/2007. A los efectos de lo que ahora estamos tratando, merece especial atención la desaparición del procedimiento de autorización singular y su sustitución por un sistema de autoevaluación, en consonancia con lo dispuesto en el Reglamento (CE) 1/2003. Hasta ese momento, la vigilancia de las condiciones en las que era autorizada una práctica tipificada en el artículo 1 LDC suponía un proceso permanente de vigilancia y evaluación por parte del Servicio de Defensa de la Competencia, no solo para comprobar su cumplimiento, sino también para analizar su incidencia en el mercado. A partir de la entrada en vigor de la nueva ley, la responsabilidad de la evaluación de una conducta recae sobre el propio operador.

Es quizás el capítulo relativo a las concentraciones empresarial el que, junto con el institucional, contiene las innovaciones más significativas de la ley. El nuevo procedimiento arbitrado por la Ley 15/2007 supone, en contraste con el anterior, la práctica desaparición del papel del Gobierno en los expedientes de control de concentraciones, que serán tramitados y aprobados, con una salvedad, por la Comisión. La reforma ha sido sustancial, en el sentido de haber pasado de ser un expediente esencialmente tramitado ante el Gobierno, que era el que decidía con anterioridad tanto en primera como en segunda fases, a ser otro en el que la decisión corresponde a la autoridad independiente, con una competencia residual por parte del Gobierno.

Esta novedad afecta, asimismo, a las funciones de vigilancia, como veremos más adelante, en la medida en que supone el cambio en el procedimiento de control de concentraciones, de manera que el Consejo de la CNC pasa a ser el órgano decisorio principal sobre la prohibición o autorización de las operaciones que sean sometidas a su conocimiento y por ende a su vigilancia. No obstante, se reserva al Consejo de Ministros la facultad de autorizar concentraciones previamente declaradas prohibidas o modificar los compromisos o condiciones impuestas por la CNC, sobre la base de razones de interés general distintos de la defensa de la competencia.

2. Definición normativa

Como se ha visto anteriormente, el art. 41 LDC establece que corresponde a la CNC vigilar la ejecución y el cumplimiento de las obligaciones previstas en la

misma y sus normas de desarrollo, así como de las resoluciones y acuerdos que se adopten en aplicación de la misma, tanto en materia de conductas restrictivas como de medidas cautelares y de control de concentraciones.

Si ponemos en relación dicho artículo 41 LDC con el art. 35 LDC, vemos que dichas funciones se atribuyen a la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia (en adelante Dirección de Investigación). No obstante, si bien es la Dirección de Investigación la competente para llevar adelante las funciones de vigilancia y elevar propuestas al Consejo, le corresponde al Consejo de la CNC declarar el cumplimiento o incumplimiento de las condiciones y obligaciones impuestas, e imponer, en su caso, las multas coercitivas previstas en la LDC.

La vigilancia se lleva a cabo atendiendo a lo dispuesto en el **artículo 42** del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC), respecto al procedimiento sancionador, incluyendo, por lo tanto, medidas cautelares, terminación convencional, etc., y en el **artículo 71** RDC, en lo atinente al control de concentraciones. Con carácter transitorio (D.T. Segunda R.D. 261/2008), y respecto a las concentraciones económicas, se establece la competencia de la Dirección de Investigación para vigilar el cumplimiento de los Acuerdos del Consejo de Ministros que se hubiesen adoptado en aplicación del art. 17 de la Ley 16/1989, y, en su caso, recomendar al Gobierno la imposición de las multas por incumplimiento, previstas en la citada ley.

3. Objeto de la vigilancia

Sentado, tanto en la LDC como en el RDC, que la competencia en la vigilancia en el caso de la CNC, corresponde a la Dirección de Investigación y al Consejo, hay que distinguir entre las competencias de cada una de ellas.

Tras la adopción por el Consejo de la CNC del correspondiente acto administrativo en el marco de un expediente, corresponde a la Dirección de Investigación **vigilar** la ejecución y el cumplimiento del citado acto administrativo, debiendo ser interpretado este concepto de vigilancia en sentido amplio, atendiendo a las circunstancias concretas de la Resolución vigilada, con el fin de proponer al Consejo las medidas que correspondan. En ese sentido, y durante la tramitación del expediente de vigilancia del acto administrativo que corresponda, puede proceder la emisión por la Dirección de Investigación de informes parciales de vigilancia, que planteen cuestiones o incidentes que han tenido lugar durante la tramitación del mencionado expediente. Asimismo, y tras la conclusión de dicha tramitación, la Dirección de Investigación emite informes finales con las conclusiones derivadas de las actuaciones llevadas a cabo y las informaciones recabadas.

Por otra parte, corresponde al Consejo la competencia para **resolver**, previa propuesta de la Dirección de Investigación, sobre la cuestión planteada: el cumplimiento o incumplimiento, la procedencia de que se proceda o no al cierre del

expediente, la imposición de multas sancionadoras y coercitivas, la adopción de medidas de ejecución forzosa, en su caso, sobre la desconcentración, o cualquier otro incidente.

El **ámbito** de dicha vigilancia en la DI CNC viene determinado por el contenido de las Resoluciones, y estas pueden contener: la orden de cesación de prácticas prohibidas; la imposición de condiciones u obligaciones determinadas; la orden de remoción de los efectos de las prácticas prohibidas; la imposición de multas, y cualquier otra medida. A la vista de todas ellas, podemos diferenciar, *a priori*, dos tipos de vigilancia:

En primer lugar está la que podemos denominar «vigilancia a corto plazo», es decir, de todo aquello que deba hacerse de manera inmediata, lo que en realidad supone la ejecución, propiamente dicha, de las Resoluciones.

Junto a esta primera vigilancia tenemos la que podemos considerar «vigilancia a largo plazo», referida más bien a intimaciones al cese, condiciones, etc., que suponen un seguimiento de las conductas de los operadores y del mercado para comprobar el efectivo cumplimiento de la Resolución.

Tenemos pues dos aspectos a estudiar. Por una parte, la vigilancia en sí, entendida como el procedimiento mediante el cual la DI CNC pone los medios necesarios para investigar la ejecución y el cumplimiento del acto administrativo de que se trate y que, como toda actividad de la Administración, debe someterse al principio de legalidad y, por otra, la actividad resolutoria del Consejo en este ámbito.

4. Rasgos generales del procedimiento de vigilancia

Hay que señalar, en primer lugar, que el procedimiento de vigilancia es un auténtico procedimiento administrativo, distinto de aquel en el que se adoptó el acto administrativo sometido a vigilancia, aunque directamente relacionado con el mismo, que se inicia y desarrolla en ejercicio de la potestad de vigilancia y ejecución que ostentan los órganos de competencia sobre los acuerdos y resoluciones que dicta.

Si nos centramos en sus rasgos generales, vemos que, al tratarse de un procedimiento administrativo en materia de competencia, se encuentra sometido en su tramitación a las previsiones contenidas en la LDC y RDC y, supletoriamente, a las contempladas por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC).

4.1 Inicio del procedimiento

Se inicia de oficio de forma automática, sin acuerdo de incoación ni nombramiento de instructor, ni declaración de interesados, una vez que la Resolución sea ejecutiva.

Sobre esta última cualidad, la ejecutividad de la Resolución, puede tener una incidencia directa la jurisdicción contencioso-administrativa² en la medida en que el acto administrativo objeto de vigilancia sea impugnado.

Dependiendo de las decisiones que el órgano jurisdiccional adopte durante la tramitación del recurso contencioso-administrativo, los efectos pueden ser:

- Si no acuerda, como medida cautelar, la suspensión de dicha resolución, la ejecutividad de la misma se mantiene y la vigilancia de su cumplimiento puede iniciarse y, en su caso, resolver lo pertinente sobre la misma.
- Si acuerda la suspensión de la ejecutividad de la resolución, o de parte de ella, la vigilancia queda suspendida, en la totalidad o en parte, según el caso, hasta que sea dictada sentencia firme por no haber sido recurrida en casación ante el TS o por haberse pronunciado este último sobre dicho recurso. Solo una vez firme el pronunciamiento judicial se reinicia la vigilancia y el plazo de prescripción.

Si bien las Resoluciones son ejecutables de manera inmediata, en la práctica se dejan transcurrir los dos meses de plazo de interposición de recurso contencioso-administrativo. En los casos en que en el escrito de interposición del recurso se solicita suspensión de la ejecución, cautelarmente se suspende esta hasta que se dicte el correspondiente Auto sobre dicha medida cautelar.

Sobre este particular, la ejecutividad de los actos administrativos que han sido recurridos ante la jurisdicción contencioso-administrativa con petición de suspensión de su ejecución se ha manifestado en múltiples ocasiones el Consejo de la CNC³ en el sentido de que *existe una reiterada y uniforme doctrina del Tribunal Constitucional dictada para amparar el derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente. En efecto, entre otras, la STC 78/1996 establece que aunque el privilegio de la autotutela atribuido a la Administración Pública y la ejecutividad de sus actos no son contrarios a la Constitución, «la fiscalización plena, sin inmunidades de poder, de la actuación administrativa impuesta por el art. 106. 1 de la CE comporta que el control judicial se extienda también al carácter inmediatamente ejecutivo de sus actos». De modo que «el derecho a la tutela se satisface facilitando que la ejecutividad pueda ser sometida a la decisión de un Tribunal y que este resuelva sobre la suspensión»*. Por estas razones, en diversas ocasiones ha considerado el Consejo que el acatamiento de la doctrina anterior supone para la Comisión tener que abstenerse de adoptar decisión alguna sobre la ejecución de los pronunciamientos de sus Resoluciones, cuya suspensión se haya solicitado en sede judicial, hasta que el órgano jurisdiccional competente dicte la correspondiente resolu-

2. La Audiencia Nacional en el caso de la CNC y los Tribunales Superiores de Justicia, en el caso de los órganos autonómicos de competencia.

3. Acuerdo sobre suspensión de la ejecución de la resolución (Expte. 50091/0S, Vinos Finos de Jerez) 15 de septiembre de 2010.

ción en el recurso contencioso-administrativo interpuesto en relación con las medidas cautelares solicitadas.

No obstante, si transcurridos los dos meses desde la resolución del Consejo, no se ha tenido conocimiento de la interposición de recurso o se ha recibido el Auto en el que se dicta la no suspensión, la Dirección de Investigación inicia todas las actuaciones precisas para vigilar su cumplimiento.

4.2 Interesados

Uno de los principales problemas que se suscita durante la tramitación de los expedientes de vigilancia es la determinación de quién ostenta en ellos la **condición de interesados** y, en concreto, si por tal ha de entenderse a todo el que haya intervenido en el procedimiento principal o si, por el contrario, debe establecerse un criterio restrictivo.

En materia sancionadora, el artículo 42 del RDC parece ampliar el ámbito distinguiendo entre el destinatario del acto (apartado 1), que sería el interesado directo y los interesados (apartado 3), que serían los accesorios.

Partiendo de la base de que el procedimiento de vigilancia es un procedimiento destinado a controlar el cumplimiento de una decisión que ya ha sido adoptada (y en la que se ha tenido en cuenta la opinión de los interesados), parece adecuado mantener una interpretación restrictiva del concepto de interesado en la que solo se reconozca dicha condición a quién, a juicio de la Dirección de Investigación o Consejo, ostente un interés directo que se vea afectado de forma indudable por la resolución y lo solicite expresamente.

Esta interpretación se justificaría como medio de evitar la participación, en este procedimiento, de terceros que busquen no tanto aportar elementos de juicio que faciliten la labor de la Administración, sino más bien fiscalizar en interés propio el ejercicio de una potestad administrativa, la de vigilancia y ejecución de actos administrativos, que corresponde en exclusiva a la Administración y se controla únicamente por los tribunales de justicia. Máxime teniendo en cuenta que la declaración de interesado conlleva la posibilidad de acceso al expediente de vigilancia en cualquier momento, de ahí la importancia que la DI CNC da a las cuestiones de confidencialidad, durante la tramitación del expediente de vigilancia.

Confirmando lo expuesto, merece especial mención la reciente resolución por la Audiencia Nacional mediante Sentencia de 20 de enero de 2011 del recurso contencioso administrativo núm. 168/10 promovido por la Asociación de Vendedores de Prensa de Madrid.⁴

4. A este respecto esta Sala considera relevante distinguir entre la legitimación para impugnar en vía contencioso-administrativa las resoluciones adoptadas en el procedimiento de vigilancia, a la que se aplicará la doctrina general establecida por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo interpretando el artículo 19 de la ley jurisdiccional, con la condición de interesado en este concreto procedimiento administrativo.

4.3 Contenido del acto a vigilar

La vigilancia de los acuerdos y/o resoluciones que se adopten en aplicación de la LDC va a depender, como no puede ser de otra manera, del contenido y las obligaciones a que se haga referencia en dichos acuerdos y/o resoluciones, de ahí que podamos diferenciar entre:

- La vigilancia de las resoluciones sancionadoras
- La vigilancia de las resoluciones de terminación convencional
- La vigilancia de las resoluciones de medidas cautelares
- La vigilancia de las concentraciones

4.3.1 Vigilancia de las Resoluciones sancionadoras (artículo 53 LDC y 38 RDC)⁵

Las Resoluciones sancionadoras son aquellas en las que se declara la existencia de conductas prohibidas por la LDC. Estas pueden contener:

- La orden de cesación de las prácticas prohibidas en un plazo determinado;
- la imposición de condiciones u obligaciones determinadas;
- la orden de remoción de los efectos de las prácticas prohibidas contrarias al interés público;
- la imposición de multas;
- la intimación «a que en lo sucesivo se abstengan de cometer prácticas como las sancionadas u otras equivalentes que puedan obstaculizar la competencia» que se suele encontrar en resoluciones antiguas del TDC,
- y cualesquiera otras medidas cuya adopción autoriza la LDC.

Si bien el artículo 42 del RDC contempla el procedimiento de vigilancia, hay que señalar que en el mismo únicamente hace referencia a los supuestos en los que la DI considera que existe un posible incumplimiento de la decisión, acto o resolución de que se trate, sin detenerse a regular los supuestos en los que se estima que se ha cumplido lo establecido en la decisión. No obstante, la Dirección de Investigación procede de la misma manera en ambos casos.

El punto de partida es el Acuerdo o la Resolución adoptada por el Consejo en la que se imponga una obligación. En dicho acuerdo o resolución se debe advertir

La no participación en el procedimiento administrativo no excluye que quienes sean titulares de intereses legítimos puedan y deban ser considerados legitimados para impugnar la resolución administrativa ante la jurisdicción. Ahora bien: como señaló el Tribunal Supremo en sentencia de 12 de noviembre de 2007 «el reconocimiento de que las recurrentes son titulares de un interés legítimo a efectos de admitir su legitimación para interponer el recurso contencioso-administrativo no debe llevar a la errónea conclusión de que también ostentan la condición legal de interesadas a efectos administrativos».

5. Ej: VS/0065-Ecovidrio; VS/556-Industrias Cárnicas.

a su destinatario del plazo de que dispone para cumplirlo, apercibiéndole de la cuantía de la multa coercitiva que, en caso de incumplimiento, le podrá ser impuesta por cada día de retraso.⁶

En este tipo de resoluciones sancionadoras, a la hora de llevar a cabo la vigilancia de su efectivo cumplimiento, se diferencia, por un lado, la **ejecución del pago de la sanción** y, por otro, el cumplimiento de todas y cada una de las **obligaciones impuestas**.

Ejecución del pago de la sanción

Hay una serie de elementos materiales a tener en cuenta en este procedimiento de ejecución, entre otros lo establecido en el Reglamento General de Recaudación, según el cual la Resolución en la que se impone la sanción debe incluir las instrucciones para el pago de la sanción, cantidad a pagar, datos bancarios para el ingreso y plazos.

Como se ha visto anteriormente, las Resoluciones, aunque son ejecutables de manera inmediata, en la práctica se dejan transcurrir los dos meses de plazo de interposición de recurso contencioso-administrativo que puede acordar cautelarmente la suspensión de la ejecutividad de la resolución.

En los supuestos en que se tiene constancia de la interposición de recurso contencioso-administrativo, caben dos vías:

- que se solicite el justificante del pago con la advertencia de la vía de apremio cuando, aun habiendo interpuesto recurso, no han solicitado suspensión;
- en el caso de que se haya interpuesto recurso y se haya solicitado la suspensión de la ejecución del acuerdo y/o resolución, se ha de esperar hasta que se dicte el auto sobre la pieza separada de suspensión.

En este segundo supuesto, que se haya solicitado la suspensión, hay que tener en cuenta que, con carácter general la suspensión por parte de la Audiencia Nacional se condiciona a la interposición del aval correspondiente, por lo que en aquellos supuestos en los que el auto no suspende o no se deposita la fianza o no es declarada suficiente, se reinicia el procedimiento de ejecución, y se notifican de nuevo las instrucciones de pago de acuerdo con el Reglamento General de Recaudación.

En los supuestos en que no se ha interpuesto recurso, o no se ha suspendido por parte de la Audiencia, o bien no se ha considerado suficiente el aval, una vez que ha transcurrido el período voluntario, si el pago no se acredita ante la Dirección de Investigación, se procede a la vía de apremio.

El mismo procedimiento se sigue una vez se ha recibido la sentencia desestimatoria de la Audiencia Nacional firme o del Tribunal Supremo.

6. Artículo 42.1 del RDC.

Una incidencia que se produce con alguna frecuencia a lo largo de este procedimiento de ejecución es la solicitud, por parte del operador sancionado, del aplazamiento y/o fraccionamiento del pago de la sanción. La CNC, concretamente la Secretaría General, como encargada de la «*gestión [...] de las multas y multas coercitivas impuestas por la CNC*»⁷ es la competente para resolver sobre la petición de aplazamiento/fraccionamiento de multas, siempre que estas sean solicitadas en período voluntario.

Una vez pagada la sanción, la Dirección de Investigación certifica este extremo al objeto de que la empresa pueda levantar el aval interpuesto ante la Audiencia Nacional. En el caso, poco frecuente, de impago, habría que dirigirse a la Audiencia Nacional al objeto de ejecutar dicho aval.

En cuanto a la **prescripción**, como veremos más tarde, el artículo 68 de la LDC establece como período de prescripción el de cuatro años, para infracciones muy graves, dos años para las graves y uno para las leves,⁸ y dicha **prescripción se interrumpe por cualquier acto de la Administración, con conocimiento formal del interesado, tendente al cumplimiento de la ley y por los actos realizados por los interesados al objeto de asegurar, cumplimentar o ejecutar las resoluciones correspondientes.**

Vigilancia de las condiciones impuestas

Al igual que se ha visto en el punto anterior, se parte de la ejecutividad inmediata de las resoluciones. En el caso de las condiciones/obligaciones es bastante menos frecuente que en el caso de la sanción económica que por la Audiencia Nacional o el Tribunal Supremo se dicte la suspensión cautelar de la misma, hasta tanto se resuelve el recurso.

El punto de partida es la Resolución/Acuerdo del Consejo, concretamente las medidas estructurales y/o de comportamiento que el Consejo haya impuesto a las partes. No se requiere por tanto un acto formal de inicio de las actuaciones sino que se inicia, normalmente, de oficio por parte de la Dirección de Investigación, adoptando el sistema que se considere necesario y más oportuno para acreditar el cumplimiento o no de las mismas e informar al Consejo de ello.

A lo largo de procedimiento, no es extraño que alguno de los interesados en el expediente origen del de vigilancia (denunciante) denuncie el supuesto incumplimiento; incluso puede haber una nueva denuncia que, en la medida que se refiera a las mismas conductas y responsables, podrá ser acumulada al expediente de vigilancia correspondiente.

Por parte de la Dirección de Investigación, se realizan requerimientos de información tanto a los implicados en el expediente que ha dado origen a la vigilancia (denunciante/denunciados) como a terceros u organismos públicos. A su vez se

7. Artículo 21 i) del Real Decreto, 331/08, de 29 de febrero, por el que se aprueba el Estatuto de la CNC.

8. La derogada Ley 16/89 establecía un único plazo de cuatro años.

puede solicitar la cooperación de los órganos autonómicos de defensa de la competencia y de los reguladores sectoriales.⁹

En el procedimiento de vigilancia, no hay unos plazos establecidos para su finalización salvo en los supuestos en que así se determine en la resolución. El Consejo de la CNC, con cierta frecuencia, por lo general cada vez que se produce un nuevo suceso en la tramitación de los recursos, solicita informe referido al cumplimiento de la resolución.

Como norma general, una vez recabada toda la información necesaria y transcurrido el tiempo que se considera oportuno para poder determinar tanto el cumplimiento como el incumplimiento de la resolución, a la vista de la información obtenida, la Dirección de Investigación elabora una propuesta de informe, incluyendo la valoración del cumplimiento, que se notifica a los interesados para que, en el plazo de quince días, formulen las alegaciones y soliciten la práctica de las pruebas que tengan por conveniente.

Una vez los interesados han tenido la posibilidad de alegar todo aquello que consideran oportuno sobre la valoración llevada a cabo por la DI CNC acerca del cumplimiento de la resolución o acuerdo objeto de la vigilancia, y salvo que a la vista de las mismas se considere oportuno practicar actuaciones adicionales, la Dirección de Investigación remite el informe de vigilancia al Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia a efectos de que este declare:

- a) Que se han cumplido las obligaciones impuestas y procede, por lo tanto, el cierre de la vigilancia.
- b) Que se ha incumplido la resolución/acuerdo, en cuyo caso el Consejo puede adoptar alguna de las medidas a que hace referencia el artículo 41.2 de la LDC:
 - Imponer la multa coercitiva correspondiente. El artículo 21 RDC permite su imposición en función del número de días de retraso en el cumplimiento, concediendo un nuevo plazo para el cumplimiento de la obligación que, de ser incumplido, permite la imposición de una nueva multa coercitiva por el tiempo transcurrido. También se puede reiterar su imposición tantas veces como sea necesario hasta el cumplimiento de la obligación.
 - Interesar la incoación de un procedimiento (Ley 30/92) al objeto de determinar la sanción por incumplimiento.

Hay que señalar en este punto que, el artículo 62 LDC tipifica como infracción administrativa muy grave el incumplimiento de lo establecido en las resoluciones, acuerdos o compromisos adoptados tanto en materia de conductas restrictivas como de control de concentraciones.

- c) Que se ha apreciado un cambio de circunstancias en las que se basó la resolución y, en ese caso, de deben proponer al Consejo de la CNC las modificaciones procedentes.

9. Art. 41 LDC.

4.3.2 *Vigilancia de las resoluciones de terminación convencional 10*

Para valorar la función de vigilancia en este punto, se ha que tener en cuenta que la Resolución de Terminación Convencional, prevista en el artículo 52 LDC y en el artículo 39 RDC, constituye un modo de terminación excepcional mediante el que se pone fin al procedimiento administrativo sancionador, concretamente en el marco de un expediente sancionador por infracción de los artículos 1, 2 y/o 3 LDC y, en su caso, de los artículos 101 y 102 TFUE.

En estos supuestos, la resolución que pone fin al procedimiento mediante terminación convencional no se pronuncia sobre la existencia de infracción de la LDC, sustituyéndose la posible sanción o aplicación de condiciones por compromisos voluntariamente propuestos y aceptados por la parte, que implican la exoneración de la posible responsabilidad de la parte que ha ofrecido los compromisos, y que han sido aceptados por la CNC.

La exigencia lógica a esos compromisos, que se proponen por los presuntos infractores, es que resuelvan los efectos sobre la competencia derivados de las conductas objeto del expediente y que quede garantizado suficientemente el interés público, ya que la justificación de este modo de terminación es fundamentalmente, la posibilidad de lograr un restablecimiento rápido de las condiciones de competencia que se han puesto en riesgo con sus conductas, mediante unos compromisos que resuelvan los problemas de competencia detectados, salvaguardando el bienestar de los consumidores y el interés público de la libre competencia.

De ahí que la vigilancia de los acuerdos de terminación convencional lleve aparejada dos líneas de actuación. Por una parte, el cumplimiento de los compromisos propuestos, que pueden ser de comportamiento o estructurales, así como una mezcla adecuada de ambos tipos. Por ejemplo, de cese o modificación de su conducta, terminación de determinados acuerdos, eliminación de cláusulas en determinados acuerdos, desinversión, no intervención en algunas actividades económicas, etc. Por otra, la comprobación de que se han restablecido las condiciones de competencia en el mercado que estuvieron en riesgo.

Como siempre, el punto de partida es la Resolución del Consejo por la que se acuerda la terminación del expediente y la vigilancia se inicia de oficio por parte de la Dirección de Investigación.

Como mínimo, la Resolución que acuerda la terminación convencional del expediente debe establecer:¹¹ 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.

10. Ej: VATC/ 568-Asempre-Correos; VATC/2457- Medios de pago.

11. Artículo 39 RDC.

A señalar que los compromisos son vinculantes y surten efectos desde el mismo momento que se incorporan a la resolución que pone fin al procedimiento.¹²

Por ello, con carácter prácticamente inmediato, se comienza con todas aquellas actuaciones que se consideran oportunas para poder determinar el efectivo cumplimiento de los compromisos.

A la vista de la información obtenida, la Dirección de Investigación elaborará una propuesta de informe que será notificada a los interesados para que, en el plazo de quince días, formulen las **alegaciones** y soliciten la práctica de las **pruebas** que tengan por conveniente.

El objeto del informe no es otro que, por parte del Consejo, se declare que o bien se han cumplido las obligaciones impuestas y, por lo tanto, se procede al cierre de la vigilancia o bien ha habido un incumplimiento de la resolución que obliga a actuar al Consejo.

En este último supuesto, el Consejo puede adoptar diferentes medidas:

- a) Imponer la multa coercitiva correspondiente. El artículo 21 RDC permite su imposición en función del número de días de retraso en el cumplimiento, concediendo un nuevo plazo para el cumplimiento de la obligación que, de ser incumplido, permite la imposición de una nueva multa coercitiva por el tiempo transcurrido. También se puede reiterar su imposición tantas veces como sea necesario hasta el cumplimiento de la obligación,
- b) Interesar a la Dirección de Investigación la incoación de un procedimiento (Ley 30/92) al objeto de determinar la sanción por incumplimiento. El artículo 62 LDC tipifica como infracción administrativa muy grave el incumplimiento de lo establecido en las resoluciones, acuerdos o compromisos adoptados tanto en materia de conductas restrictivas como de control de concentraciones.
- c) Interesar a la Dirección de Investigación la apertura de un expediente sancionador por infracción de los artículos 1, 2 o 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio.

4.3.3 Vigilancia de las Resoluciones de Medidas Cautelares (41 RDC).¹³

Como es bien sabido, la justicia cautelar forma parte del derecho a la tutela efectiva, materia sobre la que hay reiterada jurisprudencia. Por ello, la adopción de medidas provisionales que permiten asegurar el resultado del proceso no debe contemplarse como una excepción, sino como facultad que el órgano resolutorio, en este caso el Consejo de la CNC, puede ejercitar siempre que resulte necesario,

12. Artículo 52 LDC.

13. Ej: VMC/0003-Céntrica; VMC/0001-Días Plus.

consistiendo el criterio para su adopción, cualquiera que sea su naturaleza, en que la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pueden hacer perder la finalidad de la resolución que finalmente se adopte, siempre sobre la base de una ponderación suficientemente motivada de todos los intereses en conflicto.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 54 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia podrá adoptar, entre otras, las siguientes medidas cautelares tendentes a asegurar la eficacia de la resolución:

- a) Órdenes de cesación o de imposición de condiciones determinadas para evitar el daño que pudieran causar las conductas a que el expediente se refiere.
- b) Fianza de cualquier clase declarada bastante por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia para responder de la indemnización de los daños y perjuicios que se pudieran causar.

La vigilancia en estos casos se inicia de manera inmediata por parte de la Dirección de Investigación, sin perjuicio de que las propias partes del expediente principal puedan aportar de oficio la documentación que consideren oportuna, ya que, al estar el expediente principal abierto, el procedimiento es mucho más ágil. En el marco de la vigilancia se realizan aquellas actuaciones que se consideran oportunas para poder determinar el efectivo cumplimiento de las medidas acordadas.

La vigilancia en las piezas separadas de medidas cautelares tiene un doble objetivo:

- a) Controlar el cumplimiento de la medida de que se trate durante la tramitación del procedimiento administrativo principal en el que se haya adoptado para garantizar la efectividad de la resolución que en su día se dicte.
- b) Comprobar el mantenimiento de las circunstancias que motivaron su adopción por el Consejo, ya que en otro caso procedería su modificación o incluso cesación.

A la vista de la información obtenida, la Dirección de Investigación puede en caso de incumplimiento o de que, por cambio en las circunstancias, proceda su modificación o cese, elaborar una propuesta de informe que será notificada a los interesados para que, en el plazo de quince días, formulen las alegaciones y soliciten la práctica de las pruebas que tengan por conveniente.

A la vista de las alegaciones la Dirección de Investigación elabora el informe de vigilancia a enviar al Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia a efectos de que este declare sobre su cumplimiento o incumplimiento o sobre su modificación o cese. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 67 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, en caso de incumplimiento de las medidas cautelares acordadas, el

Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia podrá imponer multas coercitivas que se regirán por lo dispuesto en el artículo 21RDC. En caso contrario, cuando las medidas adoptadas se cumplen y no hay necesidad de modificación o cambio, el informe sobre su cumplimiento se incluye en la propuesta de resolución del expediente principal que primero se envía a las partes y posteriormente se eleva al Consejo.

Las medidas cautelares cesan cuando se adopta la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia que pone fin al procedimiento.

4.3.4 Vigilancia en materia de concentraciones¹⁴

Para ver el alcance de la vigilancia en este aspecto concreto, hay que tener en cuenta que el tratamiento de las concentraciones económicas en España, en cierta medida, ha cambiado con la aprobación de la Ley 17/2007, LDC. El cambio más destacado es la pérdida de protagonismo del Gobierno en el control de concentraciones, ya que ahora es aparentemente la CNC la autoridad que adoptará la mayor parte de las decisiones y el Consejo de Ministros tendrá una participación marginal, siempre por motivos de interés público, pues, en materia de defensa de la competencia, la CNC tiene la última palabra. En lo sucesivo, la decisión sobre cualquier concentración (también la de aprobarla en primera fase) corresponde a la CNC y el Gobierno únicamente podrá intervenir para aprobar una concentración, con o sin condiciones, por razones de interés público cuando la CNC la haya prohibido o aprobado condicionalmente. Además, la LDC concreta, aunque de manera no exhaustiva, los criterios de valoración tanto de la CNC (incluyendo el tratamiento de las eficiencias empresariales derivadas de la operación) como del Gobierno.

A su vez, el concepto de concentración, la LDC centra su definición en la existencia de un cambio estable en la estructura de control, «de iure» o «de facto», de una empresa, e incluye todas las empresas en participación con «plenas funciones», unificando así el tratamiento de aquellas con carácter concentrativo y cooperativo.

Partiendo de esta perspectiva, establece el artículo 71 RDC, en relación con el artículo 41 LDC, que corresponde a la Dirección de Investigación las actuaciones necesarias para llevar a cabo la vigilancia de la ejecución y el cumplimiento de las obligaciones previstas, tanto en la ley como en las resoluciones, siendo el Consejo de la CNC a quien corresponde la resolución tanto de las cuestiones incidentales que puedan plantearse a lo largo del procedimiento de vigilancia, previa propuesta de la Dirección de Investigación, como de la resolución en la que se declare finalizada la vigilancia.

14. Ej: VC/0150 Orona-Omega; VC/0230 Telecinco-Cuatro.

La salvedad a este procedimiento general se contempla en el apartado 2 del citado artículo 71 RDC, cuando afirma que en el supuesto de que las obligaciones impuestas deriven de un acuerdo del Consejo de Ministros, dicho acuerdo especificará el órgano administrativo encargado de la vigilancia.

Como hemos visto anteriormente, la LDC contempla otra salvedad, con carácter transitorio, (D.T. Segunda R.D. 261/2008), a este respecto, cuando establece la competencia de la DI CNC para vigilar el cumplimiento de los acuerdos del Consejo de Ministros que se hubiesen adoptado en aplicación del art. 17 de la Ley 16/1989, y en su caso recomendar al Gobierno la imposición de las multas por incumplimiento, previstas en la citada ley.

En cuanto a las sanciones, volvemos al artículo 62 Ley 15/2007, según el cual se consideran:

— **Infracción leves:**

- Presentación de la notificación fuera del plazo previsto en el artículo 9.3 a) (OPA) y artículo 9.5 (requerimiento de oficio-20 días).
- No haber notificado una concentración requerida de oficio.
- No haber suministrado a la Comisión Nacional de la Competencia la información solicitada o ser esta incompleta, engañosa o falsa.

Sanción: multa de hasta 1 % del volumen de negocios total de la infractora en el ejercicio anterior al de la imposición de la multa.

— **Infracciones graves:**

- La ejecución de una concentración con carácter previo a su autorización.

Sanción: Multa de hasta el 5 % del volumen de negocios total de la infractora en el ejercicio anterior al de la imposición de la multa.

— **Infracciones muy graves:**

- Incumplir o contravenir lo establecido en un acuerdo, resolución o compromiso.

Sanción: Multa de hasta el 10 % del volumen de negocios total de la infractora en el ejercicio anterior al de la imposición de la multa.

4.4 Coordinación con los reguladores sectoriales

Tiene especial relevancia en este apartado la coordinación y la colaboración entre la CNC y los reguladores sectoriales, hasta tal punto que dio lugar a una modificación de la LDC en el sentido de que la Comisión Nacional de la Competencia solicitará a los reguladores sectoriales la emisión del correspondiente informe determinante, en el marco de los expedientes de control de concentraciones de empresas que realicen actividades en el sector de su competencia.

En concreto, en la vigilancia de las resoluciones de la Comisión Nacional de la Competencia, tanto en procedimientos sancionadores como de control de concentraciones, el regulador sectorial emitirá un informe determinante previa solicitud de la Dirección de Investigación, en alguno de los siguientes supuestos:

- Cuando se detecte la existencia de un incumplimiento de las condiciones o compromisos impuestos por la resolución sometida a vigilancia.
- Cuando por haberse cumplido las condiciones o compromisos deba proponerse la finalización de la vigilancia.
- Cuando la empresa autorizada solicite algún tipo de suspensión, modificación o dispensa de las obligaciones derivadas de la resolución objeto de vigilancia.

También se podrá emitir dicho informe a iniciativa del regulador sectorial cuando, como consecuencia de la modificación de la estructura del mercado o de la actividad normativa desarrollada por aquel, se considere que las condiciones o compromisos impuestos por la Comisión Nacional de la Competencia devengan innecesarios o se deba proceder a su modificación.

El pasado 5 de marzo se publicó en el BOE la Ley 2/2011 de 4 de marzo de Economía Sostenible («LES»), uno de los principales proyectos del Gobierno para paliar la crisis económica. La ley se configura como un marco de principios rectores que, tanto empresas privadas como poderes públicos, deben implantar en su actividad, y cuyo objetivo es renovar el modelo productivo y modernizar la economía española.

Una modificación de gran calado es la relativa a los informes sectoriales de los organismos reguladores previstos en el artículo 17 de la LDC. Conforme a dicho artículo, en los expedientes de concentraciones, conductas abusivas y acuerdos restrictivos que afecten a los sectores de la energía y de las telecomunicaciones, la CNC tiene la obligación de recabar un informe de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones o de la Comisión Nacional de la Energía, si bien dicho informe carece de carácter vinculante.

Con la anterior regulación no era infrecuente que la CNC emitiese una resolución que se apartaba del criterio de los reguladores sectoriales. Con el fin de evitar en lo posible estas situaciones, la LES modifica la LDC, dotando de mayor valor a los informes de los reguladores sectoriales, que pasan de ser «no vinculantes» a «determinantes». Ello implica que, si bien no se convierten en jurídicamente vinculantes, al menos se exigirá a la CNC una «motivación expresa» para apartarse de su contenido. Del mismo modo, la LES convierte en «determinantes» los informes que, conforme a la LDC, los reguladores sectoriales han de solicitar a la CNC antes de adoptar resoluciones, circulares o instrucciones que puedan incidir significativamente en la competencia.

Además, la reforma prevé que los reguladores sectoriales podrán, por iniciativa propia, emitir un informe «determinante» cuando consideren que se han producido cambios en los mercados que regulan o en su regulación aplicable, de forma que las condiciones o compromisos impuestos por la CNC sean innecesarios o proceda su modificación.

La reforma pretende poner fin al control de operaciones que no generan problemas de competencia, lo que reducirá los costes de estas operaciones menores y reducirá las cargas administrativas, de acuerdo con el objetivo de la ley.

5. Conclusión del procedimiento de vigilancia

Al referirse a la vigilancia, la Real Academia de la Lengua la define como la *atención que se presta a una persona o cosa para observarla y controlarla y así evitar algún daño o peligro*. De ahí que, en nuestro caso, únicamente cese la vigilancia cuando el balance concurrencial muestre que se han restablecido las condiciones que en su día estuvieron en riesgo de deterioro.

El cierre de la vigilancia tendrá lugar en aquellos supuestos en los que, bien por haber sido ejecutadas las sanciones y demás obligaciones impuestas por la resolución o cumplidos los compromisos o condiciones impuestos, se considera que la decisión o resolución de que se trate ha sido totalmente ejecutada y, por lo tanto, agotada su eficacia.

Dicha conclusión requiere siempre resolución del Consejo, previa propuesta de la Dirección de Investigación, y pone fin a la vía administrativa, pudiendo ser recurribles ante la Jurisdicción contencioso-administrativa.

Dichas resoluciones pueden ser:

- De cierre, en el caso de cumplimiento. En ese supuesto, la resolución se hará pública de acuerdo con lo establecido en el artículo 27 de la LDC y, en la medida que ponga fin a la vía administrativa, será recurrible en sede jurisdiccional;

De incumplimiento, que habrá de ser adoptada en el plazo máximo de tres meses¹⁵ desde la correspondiente propuesta de la Dirección de Investigación. En caso contrario se entenderá desestimada dicha propuesta por silencio administrativo negativo.¹⁶

15. Artículo 36.7 LDC.

16. Artículo 38.6 LDC. El problema del silencio negativo se genera para los casos en los que la propuesta de la Dirección de Investigación sea de incumplimiento.

1.1 Efectos del incumplimiento

La LDC establece que *«en caso de incumplimiento de obligaciones, resoluciones o acuerdos de la Comisión Nacional de la Competencia, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia resolverá, a propuesta de la Dirección de Investigación, sobre la imposición de multas sancionadoras y coercitivas, sobre la adopción de otras medidas de ejecución forzosa previstas en el ordenamiento y, en su caso, sobre la desconcentración»*.¹⁷

a) Por lo que respecta a la imposición de multas sancionadoras:

El artículo 62 LDC, considera infracción muy grave *«c) Incumplir o contravenir lo establecido en una resolución, acuerdo o compromiso adoptado en aplicación de la presente ley, tanto en materia de conductas restrictivas como de control de concentraciones.»*

De acuerdo con el artículo 70 LDC el procedimiento para la imposición de este tipo de sanciones se regirá por lo establecido en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en su normativa de desarrollo.

b) Por lo que respecta a las multas coercitivas:

El artículo 67 LDC establece que la Comisión Nacional de la Competencia, independientemente de las multas sancionadoras, podrá imponer, previo requerimiento del cumplimiento a las empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de estas, y agentes económicos en general, multas coercitivas de hasta 12.000 euros al día con el fin de obligarlas: *«a) A cesar en una conducta que haya sido declarada prohibida conforme a lo dispuesto en la ley. [...] e) Al cumplimiento de lo ordenado en una resolución.»*

De acuerdo con el RDC, en su artículo 21, *«4. La imposición de multas coercitivas se entenderá sin perjuicio de la apertura, en los casos en los que proceda de acuerdo con lo establecido en el artículo 62 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, del correspondiente procedimiento sancionador, que se tramitará según lo dispuesto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y en sus normas de desarrollo.»*

6. Incidencias durante la vigilancia

Puede suceder que durante la vigilancia del cumplimiento de una determinada resolución o acuerdo se detecte algún tipo de problema, incidencia o, en general,

17. Artículo 41 LDC. *Vigilancia del cumplimiento de las obligaciones, resoluciones y acuerdos.*

cualquier otra cuestión que sirva para clarificar los términos en que alguna de las obligaciones debe ser cumplida por los interesados.

Aunque ni la LDC ni el RDC contienen previsión alguna sobre los términos en que se debe proceder, parece razonable y, sobre todo, acorde con la distribución competencial de la vigilancia, que una vez detectada alguna incidencia, en atención a su entidad, tengamos dos posibles soluciones:

- i) Casos en los que la DI se limite a informar al Consejo para su conocimiento sin que sea necesario un pronunciamiento por parte de este último, como pueden ser los incidentes en relación con el pago de la sanción.¹⁸
- ii) Casos en los que sea necesario un pronunciamiento del Consejo, en cuyo caso la Dirección de Investigación pone en su conocimiento los hechos junto con la solución de los mismos. En estos casos el Consejo puede dictar un acuerdo o simplemente certificar lo tratado en el pleno.¹⁹

7. Recursos en materia de vigilancia

El sistema de recursos previsto en materia de vigilancia depende del órgano del que emane el acto a recurrir. Así:

- i) Actuaciones de la Dirección de Investigación CNC: son susceptibles de ser recurridas ante el Consejo al amparo del artículo 47 de la LDC siempre que ocasionen indefensión o perjuicios de muy difícil o imposible reparación.
- ii) Decisiones del Consejo en materia de vigilancia: no son recurribles en vía administrativa, pero sí ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

En este sentido debe precisarse que el recurso puede darse tanto contra las resoluciones de cierre por cumplimiento como contra las de incumplimiento o las dictadas durante cualquier incidente que se pueda suscitar, ya que los mismos deben ser considerados, con algún matiz, actos de trámite cualificados.

8. Posibilidad de transferencia de expedientes de vigilancia entre CNC/CCAA

La Dirección de Investigación, como órgano de la CNC encargado de la vigilancia, ha asumido la vigilancia de todas las resoluciones adoptadas por el Consejo de

18. ECOVIDRIO.

19. Publicaciones.

la CNC desde septiembre de 2007, así como todas aquellas resoluciones que, habiendo sido adoptadas anteriormente por el extinto TDC, están pendientes de ejecución por la interposición del correspondiente recurso contencioso-administrativo.²⁰

Sin embargo, desde el año 2002 (fecha de aprobación de la Ley 1/2002) hasta 2009, se han ido constituyendo las distintas CCAA hasta las 12 que hoy están en funcionamiento, y muchas de las resoluciones, tanto del extinto TDC como del actual Consejo, han sido adoptadas por la CNC al no estar constituida la respectiva CA a la que, en aplicación del mecanismo de asignación establecido en la Ley 1/2002, le hubiera correspondido la competencia.

Esta nueva situación genera algunos problemas de delimitación de competencias a los que día a día hay que ir dando la adecuada respuesta, como, por ejemplo, en aquellos casos en que se recibe una nueva denuncia de hechos que ya han sido objeto de resolución por la CNC, pero que de estar constituida la CA le hubieran correspondido, en principio, a ella, etc. En todos estos casos es fundamental la cooperación entre las administraciones a la hora de definir la autoridad responsable.

9. Prescripción

Con carácter general, y para todos los supuestos considerados anteriormente, en lo referente a la prescripción, el artículo 132 de la Ley 30/92 establece que las infracciones y sanciones prescribirán según lo dispuesto en las leyes que las establezcan. Así, el artículo 68 de la LDC establece un plazo máximo de prescripción, tanto para la infracción como para exigir el cumplimiento de las sanciones impuestas, de 4 años para las infracciones muy graves, de 2 para las graves y de 1 para las leves.

El término de la prescripción se computa: desde el día en que se hubiera cometido la infracción; o desde el momento en que haya cesado, para las infracciones continuadas; o desde el día que se dicta la resolución firme en vía administrativa que impone la sanción.

Queda interrumpida la prescripción por cualquier acto de la Administración tendente al cumplimiento de la ley, con conocimiento formal del interesado, y por los actos realizados por los interesados al objeto de asegurar, cumplimentar o ejecutar las resoluciones correspondientes.

La prescripción también opera en caso de paralización del expediente, de manera que, tal y como establece la Ley 30/92, el plazo de prescripción se reanuda si el expediente sancionador o de ejecución estuviera paralizado más de un mes por causa no imputable al presunto responsable.

20. Actualmente de tramitan unos 130 expedientes de vigilancia.

El plazo de prescripción de las sanciones comienza a contarse desde el día siguiente a aquel en que adquiere firmeza la resolución por la que se impone la sanción, referida esta a la firmeza judicial y no a la administrativa, es decir cuando se notifica la sentencia judicial firme a las partes, en nuestro caso al abogado del Estado, interrumpiendo la prescripción la iniciación, con conocimiento del interesado, del procedimiento de ejecución, volviendo a transcurrir el plazo si aquel está paralizado durante más de un mes por causa no imputable al infractor.

Por último el cómputo de los plazos de prescripción y los lapsos de paralización de las actuaciones, cuando esta es interrumpida por la actividad de la Administración, son acumulables. La interpretación contraria nos conduciría a la corruptela de que la Administración tendría la posibilidad de instruir un expediente eterno, con solo hacer una actuación justo antes de que se cumpliera el plazo de la prescripción.

Cuando la Dirección de Investigación CNC entiende, de oficio o a instancia de parte, que procede declarar la prescripción o caducidad de un procedimiento, debe elevar propuesta al Consejo para que resuelva, teniendo en cuenta que la resolución que se dicte consistirá en la declaración de la circunstancia que concurra en cada caso, con indicación de los hechos producidos y las normas aplicables (artículo 42 Ley 30/92).

Como conclusión a todo lo expuesto, se puede afirmar que la vigilancia, en cuanto elemento sustancial de la defensa de la competencia en el mercado, disciplina la actuación de las empresas y por ende reasigna los recursos productivos en favor de los operadores o las técnicas más eficientes.

EL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN ENTRE COMPETIDORES EN LAS NUEVAS DIRECTRICES SOBRE ACUERDOS DE COOPERACIÓN HORIZONTAL

JOAN TORRELLES TORRELLES
Abogado

1. Introducción

«People of the same trade seldom meet together, even for merriment and diversion, but the conversation ends in a conspiracy against the public, or in some contrivance to raise prices. It is impossible indeed to prevent such meetings by, any law which either could be executed, or would be consistent with liberty and justice. But though the law cannot hinder people of the same trade from sometimes assembling together, it ought to do nothing to facilitate such assemblies, much less to render them necessary.»¹

Largo tiempo antes de la introducción de las primeras normas de defensa de la competencia a finales del siglo XIX, las reuniones entre competidores ya eran vistas con recelo por parte de algunos expertos, que argumentaban que dichas reuniones finalizaban irremediabilmente en conspiraciones para aumentar los precios. Años después, las autoridades de defensa de la competencia empezaron a analizar los intercambios de información entre competidores tratando de identificar qué intercambios de información y contactos entre competidores podrían tener el objeto o el efecto de restringir la competencia en el mercado.

Por un lado, los intercambios de información pueden ayudar a las empresas a competir de un modo más eficiente y, por lo tanto, resultar procompetitivos. Pero por otro lado, la comunicación de determinada información de carácter estratégico a uno o diversos competidores puede también restringir la competencia en el mercado. Las autoridades de defensa de la competencia tienen la tarea de diferenciar los intercambios de información que tienen un efecto neutral o positivo sobre

1. SMITH, A. 1776. *The Wealth of Nations*, Ch. X, Londres.

el mercado de aquellos que amenazan la competencia facilitando la realización de conductas colusorias.²

2. Efectos de los intercambios de información entre competidores sobre la competencia

El intercambio de información entre competidores en un mercado determinado, ya sea a través de asociaciones o de otras terceras partes independientes, no es inusual. Los intercambios de información pueden tener efectos procompetitivos en el mercado y resultar beneficiosos para los consumidores. Un adecuado conocimiento de las condiciones del mercado ayuda a las empresas a tomar decisiones comerciales más racionales, permitiéndoles incrementar su eficiencia económica. No obstante, el intercambio de información entre competidores también puede conllevar efectos anticompetitivos y, por ende, resultar perjudicial para la competencia. En particular, los intercambios de información pueden facilitar la colusión entre las empresas competidoras o acarrear la exclusión de terceros del mercado.

2.1 Posibles efectos procompetitivos de los intercambios de información entre competidores

Los intercambios de información entre competidores pueden generar diferentes tipos de eficiencias y ser altamente beneficiosos para un funcionamiento más adecuado del mercado. Una información fiable y completa sobre las condiciones del mercado o las estrategias del resto de competidores puede mejorar la calidad de las decisiones comerciales de las empresas activas en un determinado mercado. Una mayor cantidad de información sobre las condiciones comerciales, el volumen de demanda o el grado de capacidad que existe en un sector puede facilitar la adopción de decisiones comerciales más racionales y efectivas.³

Existen numerosas circunstancias en las que el intercambio de información entre competidores puede ser de utilidad para un mejor funcionamiento de los mercados. Así, por ejemplo, en mercados caracterizados por importantes fluctuaciones de la demanda, las empresas tienden a almacenar importantes reservas para ser capaces de atender a la demanda de productos en momentos puntuales. Si el intercambio de información incrementa la habilidad de las empresas de prever las

2. Vid. KÜHN, K.-U.; VIVES, X. *Information Exchanges Among Firms and their Impact on Competition* (junio 1994, revisado diciembre 1994).

3. Vid. WHISH, R. 2006. *Information Agreements, in The Pros and Cons of Information Sharing*, Konkurrensverket-Swedish Competition Authority, p. 19, disponible en http://www.kkv.se/upload/filer/trycksaker/rappor-ter/pros&cons/rap_pros_and_cons_information_sharing.pdf.

fluctuaciones de la demanda, dichos intercambios también pueden incrementar la eficiencia económica de las empresas permitiéndoles optimizar sus reservas y evitar casos de falta de producción o de sobreproducción. Además, los intercambios de producción entre empresas competidoras sobre volúmenes de negocio o previsiones de producción pueden reducir los costes de producción y reportar beneficios a los consumidores. El intercambio de información también puede mejorar la eficiencia económica en otros aspectos como, por ejemplo, permitiendo a las empresas determinar sus niveles de precios en función de un conocimiento más completo del mercado, facilitando la difusión de conocimientos técnicos, promoviendo la estandarización o innovación de productos o procedimientos, y/o proporcionando prácticas de *benchmarking*.⁴ Los competidores también pueden intercambiar información sobre nuevas tecnologías y los resultados de proyectos de I+D. El intercambio de información en estos ámbitos puede facilitar la aparición de nuevas empresas capaces de operar en el mercado.⁵ Por su parte, los consumidores también son potenciales beneficiarios del incremento de información sobre un determinado mercado, ya que cuanto mayor sea la información de que dispongan sobre los productos disponibles y sus precios, más fácil les será decidir qué productos prefieren adquirir.⁶ Así pues, los intercambios de información entre competidores pueden crear eficiencias en el mercado, resultando en un beneficio para los consumidores.

Como se indica más adelante, las Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea⁷ a los acuerdos de cooperación horizontal («Directrices»)⁸ reconocen que los intercambios de información entre competidores pueden generar eficiencias en el mercado y resultar procompetitivos.⁹

2.2 Posibles efectos anticompetitivos de los intercambios de información entre competidores

A pesar de sus posibles efectos beneficiosos para el mercado, los intercambios de información entre competidores también pueden dar lugar a restricciones de la competencia. En particular, un intercambio de información es probable que sea

4. *Vid. Catch-22: The role for economics in the assessment of information exchanges under Article 81*, RBB Economics, septiembre 2008, p. 1, disponible en http://www.rbbecon.com/publications/downloads/rbb_brief_31.pdf.

5. *Vid. TEECE, D. J. 1994. Information Sharing, Innovation and Antitrust*, 62 ANTITRUST L. J. 465.

6. *Vid. WHISH, R, supra nota 3*, p. 20.

7. A resultas del Tratado de Lisboa, el artículo 81 del Tratado de la Unión Europea ahora se corresponde con el artículo 101 del TFUE.

8. Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal.

9. Directrices, *supra*, §57.

considerado anticompetitivo cuando sea susceptible de permitir a las empresas conocer las estrategias comerciales de sus competidores o comportar una exclusión de terceros contraria a la competencia.

La esencia de la competencia es que cada empresa debe actuar en el mercado de forma independiente respecto al resto de sus competidores. Si los competidores acuerdan intercambiar información detallada sobre sus respectivas políticas de precios, planes de inversión o proyectos de I+D, el intercambio de dicha información facilita que pueda producirse una acción coordinada.¹⁰ Así, mediante un incremento artificial de la transparencia del mercado, los intercambios de información pueden facilitar la coordinación del comportamiento competitivo de las empresas y restringir la competencia.¹¹ Los intercambios de información pueden incrementar la transparencia de un factor determinado (i.e. precios, capacidad de producción, volúmenes de venta, identidad de los clientes, etc.) ayudando a los competidores a coordinar su comportamiento en el mercado incluso en aquellos casos en los que no exista un acuerdo anticompetitivo entre ellos. Además, el incremento de la transparencia en el mercado también puede facilitar la estabilidad de una determinada conducta anticompetitiva.¹² Así, los intercambios de información que incrementan la transparencia de un mercado concreto pueden ser utilizados para monitorizar la adherencia de las partes a un determinado acuerdo anticompetitivo, o bien para controlar la eventual entrada de nuevos competidores en el mercado. Además, los intercambios de información también pueden dar lugar a la exclusión de terceros contraria a la competencia en un mercado relacionado.¹³

Las Directrices establecen que la compatibilidad de un intercambio de información con la normativa en materia de defensa de la competencia depende de las características del mercado en el que este tenga lugar (tales como el grado de concentración, la transparencia, la estabilidad, la simetría, la complejidad, etc.) y del tipo de información intercambiada, que puede modificar el entorno del mercado, facilitando la coordinación en el mismo.¹⁴ Estos parámetros se describen más extensamente a continuación.

3. El intercambio de información entre competidores en las directrices

En diciembre de 2010, la Comisión Europea hizo pública la versión final de las Directrices, que sustituían las anteriores Directrices de 2001 y proporcionaban

10. Vid. WHISH, R, *supra* nota 3, p. 20.

11. Directrices, *supra*, § 65-68.

12. Vid. *Catch-22: The role for economics in the assessment of information exchanges under Article 81*, RBB Economics, septiembre 2008, *supra* nota 4, p. 1.

13. Directrices, *supra*, § 69-71.

14. Directrices, *supra*, § 58.

un nuevo marco regulatorio para los tipos más comunes de cooperación horizontal entre competidores.¹⁵ En concreto, las Directrices se ocupan de las siguientes modalidades de acuerdos de cooperación horizontal: (i) intercambio de información entre competidores; (ii) investigación y desarrollo; (iii) producción; (iv) compra; (v) comercialización, y (vi) estandarización.¹⁶

Las Directrices analizan los intercambios de información entre competidores con detalle. La introducción en las Directrices de un capítulo relativo a los intercambios de información entre competidores responde a un doble objetivo. En primer lugar, desde la descentralización de la aplicación del Derecho de la Competencia introducida por el Reglamento 1/2003,¹⁷ la mayoría de casos relativos a intercambios de información entre competidores han sido resueltos por las autoridades nacionales de defensa de la competencia. En este sentido, uno de los objetivos de las Directrices es asegurar una aplicación consistente de la normativa sobre esta materia por parte de las autoridades nacionales.¹⁸ Por otro lado, la existencia de unas Directrices detalladas y precisas sobre esta materia también resultará de utilidad para que las empresas puedan analizar hasta qué punto pueden intercambiar información con competidores sin infringir la normativa en materia de defensa de la competencia.¹⁹

3.1 Ámbito de aplicación y estructura de las Directrices

Las Directrices analizan de forma detallada los intercambios de información entre competidores, incluyendo en su ámbito de aplicación los tipos más habituales de acuerdos de cooperación horizontal con independencia del grado de integración que estos impliquen.²⁰ La evaluación de los intercambios de información descrita en las Directrices consta de dos fases. La primera fase consiste en determinar si, de conformidad con el artículo 101.1 TFUE, el intercambio de información tiene un objeto anticompetitivo o unos efectos reales o potenciales restrictivos de la competencia. De ser así, la segunda fase del análisis consistirá en determinar si, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 101.3 TFUE, los beneficios de dicho

15. El término competidores utilizado en las Directrices incluye tanto a los competidores reales como a los potenciales. *Vid.* Directrices, *supra*, § 10.

16. Directrices, *supra*, § 5.

17. 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.

18. *Vid.* OSSOWSKA, A. 2010. *Chapter on information exchange in the EC guidelines on horizontal agreements (in consultation) & How the policy fits with European case law*, 19 de mayo, p. 2, disponible en http://www.ucl.ac.uk/laws/conferences/cyprus/Ossowska_Cyprus2.pdf.

19. *Vid.* GIANNI, ORIGIONI, GRIPPO & PARTNERS, *Commission Public Consultation on Revised Rules for the Assessment of Horizontal Cooperation Agreements under EU Competition Law*, 25 de junio de 2010.

20. Directrices, *supra*, § 6. No obstante, aquellas operaciones que constituyen una concentración entre empresas, como por ejemplo, empresas en participación con plenas funciones, se encuentran exentas del ámbito de aplicación de las Directrices.

intercambio compensan los efectos restrictivos que el mismo pudiera ocasionar.²¹ Así pues, a modo de resumen, el análisis relativo a la existencia de un intercambio de información entre competidores y a su compatibilidad con las Directrices puede efectuarse dando respuesta a las siguientes preguntas:

- i) ¿Existe un acuerdo consistente en un intercambio de información entre competidores?
- ii) En su caso, ¿dicho acuerdo conlleva una restricción de la competencia por objeto?
- iii) Si no existe una restricción por objeto, ¿el intercambio de información tiene un efecto anticompetitivo real o potencial?
- iv) Si existe un intercambio de información entre competidores que tiene un objeto o efecto anticompetitivo, ¿dicho acuerdo reúne las condiciones necesarias para una excepción prevista en el artículo 101.3 TFUE?²²

A continuación, el presente artículo describe los criterios establecidos en las Directrices para dar respuesta a cada una de estas cuestiones.

3.2 Tipos de intercambios de información

Los competidores pueden intercambiar información en diferentes contextos. Dependiendo del contexto en el que el intercambio de información tiene lugar, su análisis en términos de competencia variará. En concreto, las Directrices diferencian tres situaciones en las que los intercambios de información entre competidores van a ser analizadas de forma distinta.

3.2.1 Intercambios de información que forman parte de otros acuerdos horizontales

En primer lugar, las Directrices diferencian los intercambios de información entre competidores que forman parte de otro tipo de acuerdo de cooperación horizontal (i.e. producción, estandarización, I+D, etc.). Las Directrices establecen que dichos intercambios de información deberán ser evaluados en el contexto de la evaluación del respectivo acuerdo de cooperación horizontal.²³ En este sentido, dichos intercambios de información no son susceptibles de comportar

21. Directrices, *supra*, § 20.

22. Vid. ESKENAZI, L. 2011. *Information exchange, associations and agreements between competitors: what changed in 2010*, 16 de marzo, disponible en http://boyanov.com/BNV_resources/uploads/2011/03/Information-exchange-associations-and-agreements-among-competitors-what-changed-in-2010_Liliana-Eskenzi.pdf

23. Directrices, *supra*, § 56.

riesgos anticompetitivos si se limitan exclusivamente a intercambiar la información necesaria para implementar el respectivo acuerdo de cooperación horizontal de que se trate.

3.2.2 Intercambios de información que forman parte de un acuerdo anticompetitivo

En segundo lugar, las Directrices consideran que los intercambios de información entre competidores también pueden formar parte de conductas anticompetitivas que tengan como objeto fijar precios o cantidades, o bien ser utilizados para monitorizar si los participantes en un cártel cumplen con las condiciones acordadas. En estos casos, se considerará que los intercambios de información forman parte de la conducta anticompetitiva y se analizarán como parte de la misma.²⁴

3.2.3 Intercambios de información «puros»

En tercer lugar, las Directrices analizan los intercambios de información «puros». Las Directrices establecen claramente que los intercambios de información entre competidores que no forman parte de ninguna otra conducta anticompetitiva también pueden dar lugar a restricciones de la competencia. Esta modalidad de intercambio de información entre competidores constituye el principal foco de atención de las Directrices.²⁵

3.3 Modalidades de intercambios de información «puros»

Los intercambios de información «puros» pueden adoptar distintas modalidades. En particular, la información puede ser compartida directamente entre competidores o bien indirectamente a través de un organismo común o de un tercero.²⁶ Además, la revelación unilateral de información estratégica por parte de una empresa a sus competidores también puede, en determinadas circunstancias, ser considerada anticompetitiva.²⁷

24. Directrices, *supra*, § 59.

25. Directrices, *supra*, § 58.

26. Directrices, *supra*, § 55.

27. Directrices, *supra*, § 62.

3.3.1 Intercambios de información directos

La primera modalidad en la que pueden producirse dichos intercambios de información consiste en la revelación de datos directamente por parte de una empresa hacia otro u otros competidores. Los intercambios de información directa constituyen la modalidad más simple y característica de intercambio de información entre competidores.

3.3.2 Intercambios de información indirectos

Las Directrices establecen que los intercambios de información que no se producen de forma directa entre competidores también pueden ser considerados anticompetitivos.²⁸ De hecho, los competidores también pueden intercambiar información de forma indirecta a través de asociaciones de empresas, organismos comunes o terceros.

3.3.2.1 Asociaciones de empresas

Las asociaciones de empresas efectúan muchas funciones valiosas tanto para sus miembros como para el público en general. Así, entre otras actividades, las asociaciones empresariales representan los intereses de las empresas que forman parte de la misma, desarrollan estándares industriales o proporcionan información útil sobre el funcionamiento de mercados específicos. Muchas de las actividades de las asociaciones empresariales hacen necesario el intercambio de determinada información entre sus miembros. Los datos intercambiados en el seno de una asociación pueden proporcionar información valiosa tanto para los miembros de la propia asociación como para el resto de las empresas competidoras. No obstante, debe tenerse en cuenta que el intercambio de determinada información específica en el seno de asociaciones empresariales también puede resultar anticompetitivo. En concreto, si los competidores pueden acceder a información comercial sensible presentada de forma desagregada (i.e. precios, inversiones, costes, clientes, etc.), dicho intercambio de información resultará contrario al Derecho de la Competencia.²⁹

Normalmente, el intercambio de información de carácter anticompetitivo en el seno de una asociación empresarial ha sido considerado como parte de las actividades de monitorización e implementación de acuerdos de fijación de precios o de reparto de mercados, siendo considerados como parte de una conducta de cártel.³⁰ No obs-

28. Directrices, *supra* § 55.

29. *Vid.* Guía para Asociaciones Empresariales, publicada por la Comisión Nacional de la Competencia.

30. *Vid.* WHISH, R. 2010. *Trade Associations and Exchange of Information*, 25 de agosto, disponible en <http://www.lcuc.cl/home2011/wp-content/documentos/presentaciones/presentaciones%20v%20jornada/RW.pdf>.

tante, la recopilación y diseminación de información a través de una asociación de empresas (sin la existencia de una conducta de cártel u otra conducta anticompetitiva) también puede constituir una conducta contraria al artículo 101 TFUE.

3.3.2.2 Intercambios de información «hub and spoke»

Las Directrices establecen que la información también puede intercambiarse de forma indirecta a través de proveedores o de minoristas de las empresas partícipes en el citado intercambio (conocidos como intercambios «hub and spoke»³¹). Mediante la referencia directa a esta modalidad de intercambios de información, la Comisión Europea evidencia su intención de evitar este tipo de prácticas. En este sentido, debe indicarse que los intercambios de información «hub and spoke» no son sencillos de probar, dado que las autoridades de defensa de la competencia tienen que acreditar que los proveedores o minoristas de las empresas implicadas conocían que la empresa pretendía intercambiar dicha información con uno o diversos competidores a través de ellos.

3.3.2.3 Intercambios de información a través de terceros

Las Directrices también analizan los intercambios de información llevados a cabo a través de terceros.³² Tradicionalmente, la Comisión Europea ha centrado sus investigaciones en aquellos intercambios de información en los que los competidores intercambiaban información comercial sensible bien directamente entre ellos bien a través de asociaciones empresariales. Sin embargo, esta posición tradicional fue superada en la decisión de la Comisión Europea en el caso *Peróxidos Orgánicos*,³³ en la que por primera vez la Comisión Europea decidió sancionar a una entidad consultora dedicada a la prestación de servicios a empresas y asociaciones. En la citada decisión, la Comisión Europea justificó la responsabilidad de la consultora sobre la base de que esta había desempeñado un papel principal para que los productores de peróxidos orgánicos pudieran llevar a cabo actividades de fijación de precios y reparto de mercados, participando activamente tanto en el encubrimiento del cártel como en su mantenimiento.³⁴ AC Treuhand apeló la decisión de la Comisión Europea ante el Tribunal de Primera Instancia, quien desestimó el recurso confirmando que una empresa no activa en el mercado en el que se produce la infracción puede ser considerada responsable de haber facilitado la conducta anticompetitiva.³⁵

31. Directrices, *supra*, § 55.

32. Directrices, *supra*, § 55.

33. Decisión de la Comisión Europea de 10 de diciembre de 2003 en el asunto COMP/E-2/37.857 *Peróxidos Orgánicos*.

34. Vid. FINE, F. L. 2010. *Information Exchanges under EU Competition Law: Heading for Regulatory Overload*, *Emerging Issues* 524, p. 4.

35. En algunos casos de cárteles durante la década de los ochenta la Comisión Europea ya había indicado que las conductas que facilitaban un cártel eran contrarias al artículo 101.1 TFUE. Sin embargo, la Comisión Europea no había sancionado a las empresas que habían colaborado en el funcionamiento del cártel.

Además, la Comisión Europea no dejó lugar a dudas sobre cuáles eran sus futuras intenciones en relación con la aplicación de las normas de defensa de la competencia frente a las empresas que faciliten la formación o el mantenimiento de un cártel. Así, en su decisión en el caso de los *Peróxidos Orgánicos*, la Comisión Europea estableció lo siguiente: «[l]a sanción contra AC Treuhand es limitada a causa de la novedad del planteamiento, pero el mensaje está claro: los organizadores o cómplices de cárteles, y no solamente los miembros del cártel, deben saber que se exponen a fuertes sanciones a partir de ahora.»³⁶ Con posterioridad a dicha sentencia, terceros independientes, tales como empresas consultoras, analistas de negocios e incluso periodistas pueden ser sancionados incluso cuando dichas empresas no se encuentran activas en el mercado en que el cártel ha tenido lugar.³⁷

En este sentido, la Comisión Europea debería clarificar en qué circunstancias los intercambios de información indirectos a través de terceros se consideran anticompetitivos. Como mínimo, la aplicación del artículo 101.1 TFUE debería requerir la existencia de pruebas claras de que los competidores pretendían utilizar los servicios de un tercero para llevar a cabo un objetivo anticompetitivo, y que el tercero conocía, o al menos debería haber conocido, dicho propósito. De lo contrario, la ampliación a terceros de la responsabilidad en casos de intercambios de información podría acarrear un excesivo efecto disuasorio sobre las empresas de consultoría y de prestación de servicios a empresas.³⁸

3.3.3 Difusión unilateral de información por parte de una empresa

Finalmente, la difusión unilateral de determinados datos por parte de una empresa hacia uno o diversos de sus competidores también puede, en determinadas circunstancias, ser considerado como un intercambio de información contrario a la normativa en materia de defensa de la competencia. El hecho de que sea una única empresa quien de forma unilateral divulgue determinada información no excluye la aplicación de la normativa de competencia. En concreto, las Directrices establecen que «[c]uando una empresa reciba datos estratégicos de un competidor (ya sea en una reunión, por correo o electrónicamente), se presumirá que ha aceptado la información y ha adaptado en consecuencia su conducta de mercado a menos que responda con una declaración clara de que no desea recibir tales datos».³⁹

36. Vid. VAN WEERT, W.; CHRISTIAN, G. 2009. *Cartel Facilitators Beware - AC Treuhand Spurs Competition Authorities into Action*, Global Competition Policy, agosto.

37. Vid. FINE, F. L., *supra* nota 34, p. 4.

38. *Id.*

39. Directrices, *supra*, § 62.

Por lo tanto, las Directrices presumen que un competidor o competidores que reciben datos estratégicos los aceptan y adaptan su conducta de mercado en concordancia. No obstante, las Directrices establecen que el competidor que recibe la citada información puede rebatir dicha presunción respondiendo con una declaración clara manifestando que no desea recibir tales datos

3.4 Existencia de un acuerdo o práctica concertada

Las Directrices establecen que un intercambio de información entre competidores únicamente puede ser contrario al artículo 101.1 TFUE si dicho intercambio se establece o forma parte de un acuerdo, una práctica concertada o una decisión de una asociación de empresas.⁴⁰ Con carácter general, las autoridades de defensa de la competencia consideran los intercambios de información como una modalidad de práctica concertada y, por lo tanto, se encuentran sujetos a la prohibición general que aplica a estas prácticas.⁴¹

Tal y como establecen las Directrices, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el concepto de práctica concertada se refiere a una forma de coordinación entre las empresas mediante la cual estas, sin haber llegado a la realización de un acuerdo propiamente dicho, sustituyen conscientemente los riesgos de la competencia por una cooperación práctica entre ellas.⁴² En relación con la existencia de una práctica concertada, las Directrices establecen que «Los criterios de la coordinación y de la cooperación necesarias para determinar la existencia de una práctica concertada no exigen que se haya elaborado un plan real sino que deben entenderse habida cuenta del concepto inherente a las disposiciones del Tratado en materia de competencia, según las cuales cada empresa debe determinar independientemente la política que se propone adoptar en el mercado interior y las condiciones que se propone ofrecer a sus clientes.»⁴³ Así pues, las Directrices indican que el intercambio de información estratégica entre competidores puede constituir una práctica concertada si dicho intercambio reduce la incertidumbre estratégica en el mercado, reduciendo la independencia de la conducta de los competidores y disminuyendo sus incentivos para competir.⁴⁴

40. Directrices, *supra*, § 60.

41. *Vid.* FINE, F. L., *supra* nota 34, p. 2.

42. Directrices, *supra*, § 60. *Vid.* por ejemplo Sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de junio de 2009 en el asunto C-8/08, *T-Mobile Netherlands Bv y otros* § 26 y Sentencia del Tribunal de Justicia de 31 de marzo de 1993 en los asuntos acumulados C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 y C-125/85 a C-129/85, *Wood Pulp* § 63.

43. Directrices, *supra*, § 61.

44. En este sentido, téngase en cuenta que el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, mantiene la prohibición de las prácticas conscientemente paralelas.

Las Directrices clarifican que las empresas pueden adaptar su comportamiento inteligentemente a la conducta actual o prevista de sus competidores⁴⁵, pero «se opone rigurosamente a cualquier toma de contacto directa o indirecta entre competidores que tenga por objeto o efecto bien influir en la conducta en el mercado de un competidor real o potencial, bien desvelar a dicho competidor la conducta que se haya decidido adoptar o se tenga la intención de adoptar en el mercado, facilitando así un resultado colusorio en el mercado.»⁴⁶

3.4.1 Reciprocidad no necesaria

Para que pueda acreditarse la existencia de una práctica concertada no resulta necesario que exista un intercambio de información entre distintos competidores. Así, las Directrices establecen que la revelación unilateral de información estratégica por parte de una empresa a uno o diversos competidores, que la aceptan, también puede constituir una práctica concertada.⁴⁷ Por lo tanto, las Directrices disponen claramente que la reciprocidad no constituye un requisito necesario para inferir la existencia de una práctica concertada contraria al Derecho de la Competencia. En este sentido, las Directrices crean la presunción de que una empresa que recibe información estratégica de un competidor (ya sea mediante contactos por correo postal, correo electrónico, llamadas telefónicas, reuniones, etc.) acepta y utiliza dicha información para adaptar su conducta en el mercado. No obstante, una empresa puede rebatir dicha presunción respondiendo con una declaración clara que no desea recibir tales datos.⁴⁸

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha establecido que el concepto de práctica concertada no requiere de la existencia de contactos recíprocos, considerando que dicha práctica existe cuando una empresa revela sus futuras intenciones en el mercado a un competidor cuando este lo solicita o, como mínimo, lo acepta.⁴⁹ No obstante, las Directrices van más allá y establecen la presunción de que una empresa acepta y utiliza la información revelada por un competidor a menos que este responda con una declaración clara rechazando dicha información. La presunción creada por las Directrices cambia la carga de la prueba a las partes implicadas, que deberán demostrar que no tomaron en cuenta la información recibida para determinar su comportamiento en el mercado.⁵⁰ Esta carga de la prueba en ocasiones puede resultar difícil de conseguir.

45. Directrices, *supra*, § 62.

46. Directrices, *supra*, § 62.

47. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 15 de marzo de 2000 en los asuntos acumulados T-25/95 y otros, *Cimenteries*.

48. *Vid.* FINE, F. L., *supra* nota 34, p. 3.

49. Directrices, *supra*, § 63.

50. *Id.*

Así, por ejemplo, en caso de que futuras estrategias de mercado sean reveladas por una empresa oralmente en una reunión o mediante otro canal informal, previsiblemente va a ser difícil hacer constar que un competidor hizo una «declaración clara» manifestando que no deseaba recibir tales datos. Adicionalmente, también existe el riesgo de que algunas empresas puedan llegar a considerar que la información recibida por parte de alguno de sus competidores no reviste de carácter anticompetitivo y, en consecuencia, no considere necesario efectuar ninguna declaración al respecto. En este supuesto las autoridades de defensa de la competencia podrían interpretar dicha pasividad como una aceptación de la información por parte de la empresa receptora, que, por lo tanto, podría llegar a ser sancionada.

3.4.2 Anuncio unilateral de información comercial sensible

Por último, las Directrices establecen que los anuncios públicos por parte de una única empresa generalmente no constituyen una práctica concertada en el sentido del artículo 101 TFUE.⁵¹ En algunas ocasiones las empresas pueden estar interesadas en anunciar públicamente sus futuras intenciones comerciales. Por ejemplo este puede ser el caso de aquellas empresas que deseen informar a sus clientes de determinados cambios que van a producirse en la aplicación de algunas de sus condiciones comerciales (precios, tamaños, calidades, etc.).

Si bien las Directrices establecen que, con carácter general, dichos anuncios públicos de carácter unilateral no constituyen una práctica concertada, en algunas circunstancias pueden resultar problemáticos. En concreto, las Directrices no excluyen la posibilidad de que exista una práctica concertada en aquellos casos en los que un anuncio de carácter público por parte de una empresa vaya seguido por anuncios públicos de otros competidores, ya que las respuestas estratégicas de los competidores a los respectivos anuncios públicos podrían resultar en una estrategia para llegar a un entendimiento común sobre las condiciones de coordinación.⁵²

Mediante la inclusión de dicho *caveat*, las Directrices parecen aproximarse a la tendencia adoptada por la *Federal Trade Commission* estadounidense consistente en sancionar las llamadas *invitations to collude*.⁵³ No obstante, debe indicarse que en ningún momento las Directrices mencionan el grado de detalle que el anuncio público debe contener para resultar anticompetitivo. Si bien resulta posible que empresas competidoras puedan llegar a coordinar su conducta en el

51. Vid. por ejemplo *In Re: U-Haul Int'l, Inc. & AMERCO*, FTC File No. 081-0157; and *In re Valassis Comm'ns*, FTC File No. 051-0008.

52. Directrices, *supra*, § 73.

53. Directrices, *supra*, § 24.

mercado mediante la divulgación de anuncios públicos (ya sean declaraciones, anuncios en prensa, notas de prensa, etc.), sería necesario limitar la responsabilidad únicamente a aquellos casos en que los anuncios contengan información estratégica suficientemente detallada para permitir al resto de competidores anticipar efectivamente la conducta de la empresa emisora en el mercado. De otro modo, una interpretación amplia de esta figura podría crear incertidumbre e impedir a las empresas efectuar prácticas comerciales totalmente legítimas.

3.5 Restricción de la competencia por el objeto

El artículo 101.1 TFUE diferencia en principio entre dos tipos de acuerdos y prácticas concertadas: (i) aquellos que tienen el objeto de restringir la competencia (restricciones de la competencia por el objeto), y (ii) aquellos que no persiguen restringir la competencia, pero no obstante pueden acarrear efectos restrictivos sobre esta (efectos restrictivos de la competencia). La principal diferencia entre estos dos tipos de prácticas es que en el caso de restricciones de la competencia por el objeto, las autoridades de defensa de la competencia no se encuentran obligadas a demostrar la existencia de efectos anticompetitivos en el mercado.

Aplicando los mismos principios del artículo 101.1 TFUE, una de las principales novedades de las Directrices consiste en la introducción de una categoría de intercambios de información que, por su objeto, siempre van a comportar una restricción de la competencia en el mercado. Concretamente, las Directrices establecen que 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.⁵⁴ Así pues, de acuerdo con el contenido de las Directrices, aquellos intercambios entre competidores que incluyan (i) datos individualizados (en contraposición con datos agregados); (ii) revelen intenciones futuras (en contraposición con datos actuales o históricos), y (iii) hagan referencia a precios o cantidades (el intercambio relativo a otros datos no estaría incluido) serían considerados como una restricción de la competencia por el objeto y, en consecuencia, no sería necesario examinar sus efectos reales o potenciales en el mercado.⁵⁵

Históricamente, la Comisión Europea únicamente había incluido dentro de la categoría de restricciones de la competencia por el objeto acuerdos horizontales particularmente graves, como por ejemplo acuerdos de fijación de precios, limitativos de la producción o de reparto de mercados. En estos casos, la propia

54. Vid. FINE, F. L., *supra* nota 34, p. 3.

55. Vid. *Catch-22: The role for economics in the assessment of information exchanges under Article 81*, RBB Economics, septiembre 2008, *supra* nota 4, p. 2.

naturaleza de la conducta presumía claramente la existencia de efectos negativos sobre la competencia en el mercado.⁵⁶ La inclusión de determinadas modalidades de intercambios de información «puros» en una categoría hasta ahora reservada para acuerdos horizontales especialmente graves parece excesiva, incluso cuando dichos intercambios de información hagan referencia a datos individualizados sobre precios o cantidades futuras. Tal y como se ha indicado anteriormente, los intercambios de información pueden producir tanto efectos procompetitivos como anticompetitivos, sin que su efecto sobre la competencia pueda determinarse de forma clara sin efectuar un análisis específico del mercado relevante en el que dichos intercambios se producen. Así, por ejemplo, los efectos anticompetitivos de un intercambio de información sobre precios futuros pueden ser rebatidos en el caso en el que el mercado sea demasiado dinámico para mantener una colusión basada en precios. La citada presunción también podría ser rebatida en aquellos casos en los que el intercambio de información no sea suficientemente preciso, detallado o frecuente para permitir a los competidores alcanzar un acuerdo sobre una línea común de conducta.⁵⁷ Además, la categorización de determinados intercambios de información entre competidores como una restricción de la competencia por el objeto parece introducir una excepción a la cada vez mayor influencia del análisis económico en la aplicación de la normativa europea de competencia.⁵⁸

Por otro lado, es importante señalar que las Directrices incluyen un elemento subjetivo para determinar cuándo un determinado intercambio de información posee un objeto anticompetitivo. En concreto, las Directrices establecen que si bien la intención de las partes no constituye un factor necesario para determinar el carácter anticompetitivo de un acuerdo, la Comisión Europea puede no obstante tenerla en cuenta en su análisis.⁵⁹ Si bien todavía es pronto para saber cómo la Comisión Europea va a poner en práctica dicha previsión, la inclusión de dicho criterio subjetivo para determinar el carácter contrario a la competencia de un acuerdo puede previsiblemente resultar problemático.

3.6 Efectos restrictivos de la competencia

Si un intercambio de información no constituye una restricción de la competencia por el objeto, entonces será necesario analizar si dicho intercambio puede dar

56. *Vid. Catch-22: The role for economics in the assessment of information exchanges under Article 81*, RBB Economics, septiembre 2008, *supra* nota 4, p. 3.

57. Directrices, *supra*, § 25.

58. Directrices, *supra*, § 27 y 75.

59. Directrices, *supra*, § 75.

lugar a efectos restrictivos de la competencia. Previsiblemente la mayoría de los intercambios de información que deban ser analizados a la luz de las Directrices estarán incluidos en esta categoría, ya que el ámbito de aplicación de las restricciones de la competencia por el objeto se encuentra limitado a determinadas categorías específicas de intercambios de información.

Las Directrices contemplan que para que un intercambio de información produzca efectos restrictivos de la competencia debe ser probable que produzca un impacto negativo apreciable en uno o varios de los parámetros de la competencia tales como el precio, la producción, la calidad del producto, la variedad de productos o la innovación.⁶⁰ Los efectos restrictivos sobre la competencia de un intercambio de información «dependerán tanto de las condiciones económicas imperantes en los mercados de referencia como de las características de la información intercambiada».⁶¹ Por lo tanto, para determinar si un intercambio de información entre competidores puede conllevar efectos anticompetitivos será necesario analizar en detalle (i) el mercado afectado por el intercambio de información, y (ii) las características del intercambio de información.

3.6.1 Características del mercado

La estructura del mercado resulta importante para determinar si un intercambio de información puede resultar anticompetitivo. Las Directrices establecen que es más probable que las empresas alcancen un resultado colusorio cuando actúen en mercados suficientemente (i) transparentes; (ii) concentrados; (iii) sencillos; (iv) estables, y (v) simétricos. Ello se debe a que en mercados que reúnan las características anteriores las empresas pueden llegar a un entendimiento común sobre las condiciones de la coordinación y controlar y castigar las desviaciones.⁶² No obstante, debe tenerse en cuenta que los intercambios de información también pueden permitir a las empresas alcanzar resultados colusorios en otras situaciones de mercado.⁶³

3.6.1.1 Transparencia

Un mercado transparente puede facilitar la colusión permitiendo a las empresas llegar a un entendimiento sobre las condiciones de la coordinación o aumentando la estabilidad del resultado colusorio. Cuanto más elevado sea el grado de transparencia en el mercado en términos de precios, producción, demanda, cos-

60. Directrices, *supra*, § 77.

61. *Id.*

62. Directrices, *supra*, § 78.

63. Directrices, *supra*, § 79.

tes, inversiones, etc., más probable será que un intercambio de información pueda generar efectos restrictivos sobre la competencia.⁶⁴

3.6.1.2 *Grado de concentración del mercado*

La presencia de un número reducido de competidores en el mercado facilita que los intercambios de información entre estos puedan resultar en una práctica colusoria. Resulta más fácil para un reducido número de competidores coordinar su comportamiento en el mercado y controlar las eventuales desviaciones. Además, los beneficios resultantes de la conducta colusoria son mayores en mercados concentrados, dado que los beneficios de la conducta colusoria deberán repartirse entre menos empresas. Por el contrario, es menos probable que ocurran efectos anticompetitivos cuando existe un número elevado de competidores en el mercado.⁶⁵

3.6.1.3 *Características del producto*

Resulta más probable que los intercambios de información puedan producir efectos restrictivos en mercados no complejos, como por ejemplo aquellos en que existe un único producto homogéneo. Por el contrario, en mercados caracterizados por un gran número de productos diferenciados es menos probable que los intercambios de información entre competidores puedan producir efectos anticompetitivos.⁶⁶

3.6.1.4 *Estabilidad del mercado*

Es más probable que se produzcan efectos anticompetitivos cuando el intercambio de información se produce en un tipo de mercado en el que las condiciones de la oferta y de la demanda se mantienen relativamente estables. Un mercado inestable, caracterizado por una demanda volátil, cambios de cuotas de mercado sustanciales y frecuentes nuevos entrantes dificulta que pueda llegarse a un resultado colusorio.⁶⁷

3.6.1.5 *Estructura del mercado*

Finalmente, es más probable que se produzcan efectos anticompetitivos cuando el mercado presenta estructuras simétricas. Cuando las empresas son homogéneas en términos de costes, demanda, cuotas de mercado, gama de productos, capacidades, etc., es más probable que dichas empresas puedan llegar a un entendimiento común sobre las condiciones de la coordinación.⁶⁸

64. Directrices, *supra*, § 80.

65. Directrices, *supra*, § 81.

66. Directrices, *supra*, § 82.

67. Directrices, *supra*, § 83.

68. Directrices, *supra*, § 84.

Además de los factores anteriores, las Directrices también hacen referencia a otras condiciones que facilitan la aparición de efectos anticompetitivos en el mercado. Específicamente, las Directrices consideran que es más probable que se produzcan efectos anticompetitivos en mercados en los que las empresas dan más valor a los beneficios que podrían obtener gracias al resultado colusorio que a los beneficios que podrían obtener subcotizando los precios respecto de aquellos de sus competidores,⁶⁹ cuando las empresas operan en el mismo mercado durante mucho tiempo,⁷⁰ y cuando las empresas pueden aplicar consecuencias severas a aquellos competidores que o bien no se adhieran o bien se desvíen de la conducta colusoria.⁷¹

3.6.2 Características de la información intercambiada

El segundo factor a tomar en consideración para determinar si un intercambio de información entre competidores puede resultar anticompetitivo es el tipo y las características de la información intercambiada. En concreto, las Directrices establecen que, a tal efecto, los siguientes factores deberán ser examinados:

3.6.2.1 Información estratégica

El intercambio de datos estratégicos entre competidores tiene más probabilidades de producir efectos restrictivos de la competencia. Las Directrices califican como estratégicos un amplio grupo de datos, incluyendo aquella información referida a precios (precios reales, descuentos, aumentos, reducciones o rebajas), listas de clientes, costes de producción, cantidades, volúmenes de negocios, ventas, capacidades, calidades, planes de comercialización, riesgos, inversiones, tecnologías y programas de I+D y los resultados de estos. La información relativa a precios y cantidades es la información considerada como más estratégica, seguida por la información sobre los costes y la demanda.⁷²

Como norma general, la información relativa a precios, cantidades, costes y demanda, listas de clientes y costes de producción puede ser considerada como «información de alto riesgo», ya que dicha información es la más probable que dé lugar a consecuencias anticompetitivas. La información relativa a capacidades, calidad, planes de comercialización, inversiones, tecnologías y programas de I+D es menos probable que pueda llegar a ser considerada anticompetitiva, si bien aún así existe un cierto nivel de riesgo en su intercambio.⁷³

69. Directrices, *supra*, § 85.

70. Directrices, *supra*, § 86.

71. *Vid.* Liliana Eskenazi, *supra* nota 22, p. 27.

72. Directrices, *supra*, § 87.

73. Directrices, *supra*, § 88.

3.6.2.2 Cobertura del mercado

Únicamente cuando un intercambio de información cubra una parte suficientemente amplia del mercado de referencia va a ser capaz de producir efectos anti-competitivos. Sobre este punto, debe indicarse que las Directrices voluntariamente omiten definir qué constituye «una parte suficientemente amplia del mercado», estableciendo que dicha cuestión dependerá de los hechos concretos de cada caso y del tipo de intercambio de información en cuestión.

3.6.2.3 Nivel de agregación de los datos

Los intercambios de datos verdaderamente agregados que dificultan suficientemente el reconocimiento de la información individualizada de cada empresa es poco probable que pueda producir efectos anticompetitivos. Por el contrario, el intercambio de datos individuales de cada empresa es probable que pueda producir efectos anticompetitivos en el mercado.⁷⁴

3.6.2.4 Antigüedad de los datos

El intercambio de datos históricos no es probable que produzca un resultado colusorio. Por el contrario, el intercambio relativo a intenciones futuras de las partes es considerado problemático desde el punto de vista del Derecho de la Competencia. Las Directrices no especifican un umbral a partir del cual los datos pueden ser considerados históricos, estableciendo que ello depende de las características específicas del mercado de referencia y, en particular, de la frecuencia de las renegociaciones de precios en el sector.⁷⁵ Anteriores decisiones de la Comisión Europea han indicado que la información con una anterioridad superior a un año puede ser considerada histórica.⁷⁶ No obstante, dicha presunción puede ser rebatida.

3.6.2.5 Frecuencia del intercambio de información

Los intercambios de información frecuentes facilitan un mejor entendimiento en el mercado y un control de las desviaciones. En consecuencia, los intercambios frecuentes de información incrementan el riesgo de un efecto colusorio. Las Directrices no definen la frecuencia con la que la información requiere ser intercambiada para facilitar un resultado colusorio, limitándose a indicar que ello depende de la naturaleza, la antigüedad y la agregación de los datos. Como regla general, los intercambios de información frecuentes es menos probable que den lugar a un resultado colusorio en mercados inestables. Por otro lado, en mercados más estables caracterizados por la existencia de contratos a largo plazo, un

74. Directrices, *supra*, § 89.

75. Directrices, *supra*, § 90.

76. *Vid.* GREENBERG TRAUIG MAHER, *EU competition: information exchanges and antitrust compliance*, p. 2.

intercambio de información menos frecuente podría ser suficiente para alcanzar un resultado colusorio.⁷⁷

Sin perjuicio de lo anterior, debe tenerse en cuenta que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea consideró en su sentencia de 2009 en el asunto *T-Mobile Netherlands*⁷⁸ que un intercambio de información limitado a una única reunión entre competidores puede resultar anticompetitivo. En este sentido el Tribunal indicó que aquello relevante en dicho caso no era el número de reuniones efectuado, sino si la reunión efectuada permitía a las empresas participantes tomar en cuenta la información intercambiada para fijar su conducta en el mercado en cuestión.⁷⁹

3.6.2.6 Disponibilidad de la información

Cuando la información intercambiada no resulta accesible a competidores o clientes, es más probable que dicho intercambio pueda crear efectos anticompetitivos. Los intercambios de información verdaderamente pública no es probable que produzcan un efecto colusorio. Las Directrices diferencian entre «información verdaderamente pública» e «información de dominio público». El concepto «información verdaderamente pública» hace referencia a aquella información que generalmente se encuentra igualmente accesible en términos de costes de acceso a todos los competidores y clientes, incluyendo aquellas empresas que no forman parte del sistema de intercambio. Por el contrario, incluso si los datos intercambios son «de dominio público», no serán verdaderamente públicos si los costes de la obtención de dichos datos disuaden a otras empresas y a los consumidores de conseguirlos.⁸⁰

Además, cuando la información es intercambiada de forma pública, siendo la información igualmente accesible en términos de coste a todos los competidores y clientes, es menos probable que dicho intercambio puede producir efectos restrictivos.⁸¹

3.6.3 Evaluación de conformidad con el artículo 101.3 TFUE

Si un intercambio de información entre competidores infringe, ya sea por tener un objeto o un efecto anticompetitivo, el artículo 101.1 TFUE, será necesario analizar si dicho intercambio de información puede beneficiarse de la excepción prevista en el artículo 101.3 TFUE. Para ello deberá determinarse si los efectos

77. Directrices, *supra*, § 91.

78. Sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de junio de 2009 en el asunto C-8/08, *T-Mobile Netherlands Bv y otros*.

79. *Vid.* FINE, F, *supra* nota 34, p. 7.

80. Directrices, *supra*, § 93.

81. Directrices, *supra*, § 94.

procompetitivos del intercambio de información compensan sus efectos anti-competitivos. En cualquier caso, debe indicarse que cuando la Comisión Europea considera que un intercambio de información restringe la competencia por su objeto, resulta poco probable que dicho intercambio pueda satisfacer las condiciones establecidas en el artículo 101.3 TFUE.⁸²

La excepción del artículo 101.3 exige del cumplimiento de las siguientes cuatro condiciones, y es importante destacar que la carga de la prueba del cumplimiento de dichas condiciones recae sobre la empresa que invoca los beneficios de dicha disposición.⁸³

3.6.3.1 Mejoras de la eficiencia

El primero de los requisitos del artículo 101.3 TFUE establece que los intercambios deben generar mejoras de eficiencia en el mercado. Los intercambios de información sobre los costes de otros competidores pueden ayudar a las empresas a ser más eficientes. Así, los intercambios de información entre competidores pueden dar lugar a ahorros de costes importantes, permitiendo reducir las existencias innecesarias o haciendo posible una entrega más rápida de productos perecederos en las zonas con una elevada demanda y su reducción en las zonas de baja demanda.⁸⁴ El intercambio de datos sobre clientes entre empresas que operan en mercados con información asimétrica también puede dar lugar a eficiencias. Asimismo, los intercambios de información genuinamente públicos también pueden beneficiar a los consumidores ayudándoles a tomar decisiones más informadas y reduciendo sus costes de búsqueda.⁸⁵

Como regla general, las Directrices consideran que el intercambio de información relativo a datos actuales y antiguos es más probable que pueda generar mejoras de la eficiencia que el intercambio de información sobre las intenciones futuras de las partes.⁸⁶

3.6.3.2 Carácter indispensable

Las restricciones de la competencia que derivan de un intercambio de información deben resultar indispensables para alcanzar las mejoras en la eficiencia identificadas. Para tener carácter indispensable, las partes deberán probar que el objeto de los datos, la agregación, la antigüedad, la confidencialidad y la frecuencia, así como la cobertura del intercambio acarrear el mínimo de riesgos indispensables para generar las mejoras de eficiencia alegadas. Además, el intercambio no deberá incluir información que trascienda las variables pertinentes

82. Vid. FINE, F., *supra* nota 34, p. 8.

83. Directrices, *supra*, § 48.

84. Sin embargo, en el asunto Bananas la Comisión Europea sancionó el intercambio de información relativo a las tendencias de la oferta y de la demanda en un mercado concentrado. Vid. FINE, F., *supra* nota 34, p. 8.

85. Directrices, *supra*, § 95-99.

86. Directrices, *supra*, § 100.

para alcanzar las mejoras de eficiencia alegadas. El intercambio de datos individualizados relativos a intenciones futuras, especialmente si hace referencia a precios y cantidades, es menos probable que pueda ser considerado indispensable.⁸⁷

3.6.3.3 Beneficio para los consumidores

Las mejoras de eficiencia obtenidas por las restricciones deben transmitirse a los consumidores en una medida que compense los efectos restrictivos de la competencia causados por el intercambio de información (por ejemplo, mediante precios más bajos, productos de mayor calidad, mejor información sobre el mercado, etc.). Así pues, mejoras en la eficiencia que únicamente beneficien a las empresas en un intercambio de información no cumplirán los requisitos del artículo 101.3 TFUE.⁸⁸ En este sentido, como regla general, cuanto menor sea el poder de mercado de las partes implicadas en el intercambio de información, más probable es que las mejoras de eficiencia se transmitan a los consumidores en una medida que compense los efectos restrictivos de la competencia.⁸⁹

3.6.3.4 No eliminación de la competencia

Finalmente, los intercambios de información no deben permitir a las empresas participantes eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos relacionados con el intercambio de información.⁹⁰

4. Conclusiones

Los intercambios de información entre competidores pueden ayudar a las empresas a competir de una forma más eficiente en el mercado y, por lo tanto, resultar procompetitivos. Por otro lado, la revelación de información estratégica también puede dar lugar a efectos anticompetitivos en el mercado. Las Directrices codifican la jurisprudencia europea sobre esta práctica y describen con detalle los criterios utilizados para analizar los intercambios de información entre competidores. Resulta útil para las autoridades nacionales de defensa de la competencia así como también para las empresas conocer los criterios utilizados por la Comisión Europea en relación con los intercambios de información entre competidores. De aquí que la introducción de un capítulo en las Directrices clarificando la posición de la Comisión Europea resulte positiva tanto para los operadores en el mercado como para los asesores legales.

87. Directrices, *supra*, § 101-02.

88. *Vid.* GREENBERG TRAUIG MAHER, *EU competition: information exchanges and antitrust compliance*, p. 3.

89. Directrices, *supra*, § 103.

90. Directrices, *supra*, § 104.

No obstante, las Directrices contienen algunos puntos discutibles. En particular, la inclusión de intercambios de información «puros» que por su objeto pueden restringir la competencia en el mercado puede resultar excesiva. Además, el lenguaje y los criterios utilizados por las Directrices resultan muy amplios, incluyendo numerosas variables, escenarios hipotéticos y excepciones. Este hecho podría dificultar el objetivo de clarificación perseguido por las Directrices y facilitar el incremento de casos relativos a intercambios de información entre competidores por parte de las autoridades nacionales de defensa de la competencia.

COMUNICADO Y PRISA TELEFÓNICA Y TELECOMUNICACIONES TELEVISIONARIAS

REGULACIÓN ANTITRUSTE DE ESPAÑA
Comisión de Competencia
AUTORIDAD ANTITRUSTE ESPAÑOLA
C/Alfonso de Ercilla, 37
28014 Madrid
Teléfono: 91 549 00 00
Fax: 91 549 00 01
www.comision.es

1. Introducción

El 20 de 2014 se promulga con la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) las operaciones de intercambio de información entre los grupos empresariales de Telefonía y Televisión, en particular la información relativa a la oferta y precios de los servicios de Telefonía y Televisión.

La promulgación de las operaciones simplifica la implementación de los procedimientos relativos a los intercambios de información, que implican el primer y único punto

1. Examen de la información que se intercambia y de los procedimientos que se aplican para garantizar la protección de la información de la Comisión Nacional de la Competencia.
2. Examen de la implementación de los procedimientos de intercambio de información por parte de los grupos de Telefonía y Televisión, en particular de la información relativa a la oferta y precios de los servicios de Telefonía y Televisión.
3. Examen de la información que se intercambia y de los procedimientos que se aplican para garantizar la protección de la información de la Comisión Nacional de la Competencia.

LAS OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN TELECINCO/CUATRO Y PRISA/TELEFÓNICA/ TELECINCO/DIGITAL+

INÉS GODINEZ AGUIRRE DE CÁRCER

Inspector de Competencia

ALBERTO RODRÍGUEZ RAPOSO

Vocal asesor

Subdirección de Sociedad de la Información

Comisión Nacional de la Competencia¹

1. Introducción

En abril de 2010 se plantearon ante la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) dos operaciones de concentración con una gran relevancia en el ámbito de los mercados audiovisuales: la toma de control exclusivo de Cuatro por parte de Telecinco² y la adquisición de control conjunto de Digital+ por parte de Prisa, Telefónica y Telecinco.³

La primera de las operaciones implicaba la concentración de dos operadores de televisión en abierto de ámbito nacional, que ocupaban el primer y tercer puesto

1. Los autores son los únicos responsables de las opiniones vertidas en este artículo, que en ningún caso suponen la posición institucional de la Comisión Nacional de la Competencia.

2. La operación de concentración de Telecinco/Cuatro se planteó como la adquisición por Gestevisión Telecinco S.A. (Telecinco) del control exclusivo de Sociedad General de Televisión Cuatro S.A.U (Cuatro) mediante la adquisición del 100% de su capital social. Como contraprestación, Prisa, la vendedora, dispondría del 8,3 % del capital social de Telecinco y de dos miembros del Consejo de Administración, de un total de 15.

3. Consistente en la adquisición por Prisa, Telefónica y Telecinco del control conjunto de Digital+, donde se agrupa casi todo el negocio de televisión de pago de Sogecable. Como resultado de la operación Telefónica y Telecinco tendrían sendas participaciones del 22 % en Digital+, correspondiendo el 56 % restante del capital social a Prisa.

Asimismo, como consecuencia de los diversos pactos de accionistas firmados, cada uno de los accionistas de Digital+ dispondría de derechos de veto en el Consejo de Administración para determinadas materias estratégicas.

en audiencia dentro de las televisiones privadas. Esta operación fue autorizada por la CNC con compromisos en octubre de 2010.⁴

La segunda de las operaciones implicaba la concentración de la primera y la tercera operadora de televisión de pago del mercado español por número de abonados, conjuntamente con el operador de televisión privada en abierto resultante de la primera de las concentraciones y con el principal operador de servicios de comunicaciones electrónicas en España. Esta operación fue objeto de archivo por la CNC en noviembre de 2010,⁵ tras haber desistido las partes notificantes de la toma de control conjunto inicialmente prevista.⁶

Estas dos operaciones de concentración, por su relevancia económica, y por involucrar a grandes empresas del sector audiovisual, suscitaron un gran interés en los medios de comunicación. Transcurridos ya algunos meses de la resolución de ambas operaciones, el presente artículo persigue, por una parte, realizar una reflexión sobre algunos de los elementos de dichas operaciones que pueden presentar un mayor interés desde la perspectiva de la aplicación de la normativa de competencia. Por otra, se pretende profundizar en algunos de los elementos de las dos operaciones que pueden haber suscitado un mayor debate.

Entre los aspectos que los autores de este artículo consideran más relevantes, se podría mencionar la cuestión relativa a la definición de los mercados de referencia. En particular, hemos identificado dos elementos que a nuestro juicio resultan de interés.

En primer lugar, existen una serie de elementos que caracterizan al mercado de la publicidad en televisión que no son generalmente conocidos y que resultan imprescindibles para valorar la operación Telecinco/Cuatro y los compromisos bajo los que ha sido autorizada.

En segundo lugar, consideramos que tiene una especial relevancia el hecho de que la autoridad de competencia haya definido un mercado de televisión en abierto diferente del mercado de la publicidad televisiva, cuestión que presenta importantes similitudes con otros mercados, como los relativos a servicios prestados a través de Internet, que responden a modelos económicos similares.

Además de reflexionar sobre las cuestiones antes señaladas, se considera que puede resultar de utilidad recoger, de manera muy resumida, algunos de los elementos más importantes de la resolución de estas dos operaciones, principalmente los problemas de competencia identificados.

Asimismo, se realiza una reflexión sobre las razones para el archivo de la operación de adquisición de control conjunto sobre Digital+, a la vez se van a analizar

4. <http://www.cncompetencia.es/Inicio/Expedientes/tabid/116/Default.aspx?numero=C/0230/10&ambito=Concentraciones>

5. <http://www.cncompetencia.es/Inicio/Expedientes/tabid/116/Default.aspx?numero=C/0231/10&ambito=Concentraciones>

6. De esta manera, Telefónica y Telecinco renunciaron a sus derechos de veto sobre decisiones estratégicas, aunque llevaron adelante su entrada en el capital social de Digital+.

las principales incidencias que está suscitando la vigilancia de los compromisos asumidos por Telecinco.

2. Actuaciones de la CNC

Antes de abordar los temas más interesantes anteriormente señalados se procede a recoger de manera muy resumida los hitos que han ido produciéndose en la tramitación de ambas operaciones y que presentan ciertas peculiaridades, derivadas de los elementos de conexión existentes entre los dos proyectos empresariales.

Como ya se ha señalado, el 28 y 29 de abril de 2010, Telecinco, Telefónica y Prisa solicitan a la CNC la autorización de dos transacciones, la operación de concentración Telecinco/Cuatro y la operación de concentración Prisa/Telefónica/Telecinco/Digital+, ambas previamente remitidas a España por la Comisión Europea⁷.

La interdependencia de las dos operaciones, reforzada por los acuerdos de colaboración firmados entre los participantes, aconsejaba un análisis paralelo y coherente de ambos expedientes por parte de la CNC, que acordó el 17 de mayo de 2010 acumular los mismos para estudiar los problemas de competencia de ambas operaciones de manera simultánea.⁸

El inicio de la segunda fase del procedimiento se acordó el 30 de junio de 2010 por el Consejo de la CNC, y el 6 de agosto de 2010 la Dirección de Investigación elaboró un Pliego de Concreción de Hechos donde se recogieron los posibles obstáculos para la competencia derivados de ambas operaciones de concentración.

Para hacer frente a los efectos perjudiciales sobre la competencia efectiva detectados por la Dirección de Investigación en el sector audiovisual en España, Telecinco presentó una serie de compromisos para resolver los problemas de competencia identificados en la operación Telecinco/Cuatro.

Con vistas a salvaguardar la eficacia del sistema de control de concentraciones y de cara a evitar un perjuicio a los legítimos intereses de Telecinco, por la dilación innecesaria en la autorización de la operación Telecinco/Cuatro, y en la medida en que los compromisos presentados por las partes de la operación de Digital+ se

7. Ambas operaciones de concentración fueron previamente objeto de reenvío a España por parte de la Comisión Europea, en virtud de lo dispuesto en el artículo 4.4 del Reglamento CE 139/2004, del Consejo, de 20 de enero, sobre el control de concentraciones entre empresas, mediante decisiones de 11 de marzo de 2010. Ver casos:

M.5776 TELECINCO/CUATRO http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/M5776_20100311_201220_254239_ES.pdf y M.5748 PRISA/TELEFÓNICA/TELECINCO/DIGITAL+ http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/M5748_20100311_201220_254185_ES.pdf

8. Con fecha 17 de mayo de 2010, conforme a lo previsto en el artículo 73 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, la Dirección de Investigación acordó la acumulación del expediente C/0231/10 al expediente C/0230/10, continuándose su tramitación conjuntamente, conforme a los plazos del expediente C/0230/10 Telecinco/Cuatro, y concluyéndose en una única resolución.

estimaron en un principio insuficientes, se acordó el 19 de octubre de 2010 dejar sin efecto la acumulación de ambos expedientes, a fin de permitir la resolución separada de los mismos.

Así, el 28 de octubre de 2010 se acordó, mediante Resolución del Consejo de la CNC aprobar con compromisos la operación Telecinco/Cuatro, siendo relevante destacar que a la hora de analizar la operación Telecinco/Cuatro, fue preciso hacerlo partiendo del hecho objetivo de que existía la posibilidad de que Telecinco adquiriera junto con Telefónica y Prisa el control conjunto de Digital+, ya que solo en dicho contexto podrían entenderse parte de los compromisos finalmente aprobados.

Por otra parte, el 10 de noviembre de 2010, el Consejo de la CNC acordó el archivo de la operación Prisa/Telefónica/Telecinco/Digital+ por desistimiento de los notificantes.

3. Mercados afectados

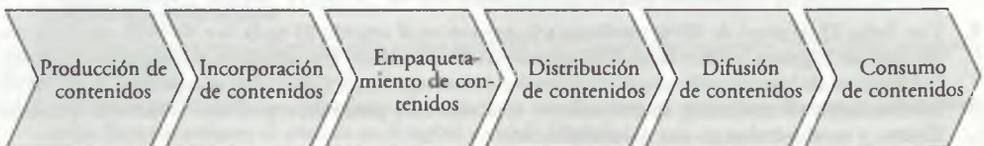
3.1. Visión global de los mercados afectados y la interrelación de los mismos

Si atendemos exclusivamente a la actividad principal de las empresas objeto de toma de control, en una primera aproximación podría considerarse que ambas operaciones de concentración, junto con los acuerdos cooperativos firmados entre las empresas implicadas, son susceptibles de tener efectos negativos para la competencia en los mercados de televisión y publicidad televisiva, tanto en abierto como de pago.

Sin embargo, cuando se analiza de una manera más amplia la actividad de los diferentes intervinientes y si se tiene en cuenta que se encuentran verticalmente integradas y participan en todos los mercados relacionados con el negocio audiovisual, ya sea como oferentes o demandantes, se constata que se encuentran afectados la práctica totalidad de mercados de la cadena de valor del sector audiovisual, así como otros mercados relacionados con estos.

En el análisis de estas operaciones, la aproximación a la definición de los mercados se ha realizado siguiendo, en un sentido descendente, toda la cadena de valor del sector audiovisual, que comienza con la producción de contenidos y termina con el consumo o visionado de los mismos por los telespectadores.

Cadena de valor del sector audiovisual



A partir de este modelo conceptual la CNC distinguió los siguientes mercados relevantes, todos ellos con ámbito geográfico nacional:

(i) Mercados de producción de contenidos audiovisuales

La cadena de valor comenzaría por las actividades de creación y producción de los contenidos (especialmente películas, series, deportes, noticias, etc.) que posteriormente formarán parte de los distintos canales de televisión. Los operadores de televisión suelen estar verticalmente integrados en especial en televisión en abierto, produciendo contenidos para uso propio, encargando contenidos específicos a terceros, o cofinanciando producciones bajo la modalidad de co-producción.

(ii) Mercados de comercialización de contenidos

Los derechos sobre los contenidos producidos son habitualmente vendidos a terceros directamente por el productor o a través de un distribuidor independiente. Se han distinguido diferentes mercados de comercialización de contenidos según la naturaleza del contenido y, en el caso de películas, según las diferentes ventanas de emisión.

Igualmente, los contenidos son comercializados en mercados diferenciados según las modalidades de retransmisión (pago o abierto), según su carácter exclusivo o no exclusivo, o atendiendo a las diferentes plataformas de distribución (terrenal, cable, satélite, Internet, móvil).

En cuanto a la oferta han de distinguirse las grandes productoras americanas o *majors* con un elevado poder de negociación, de las productoras internacionales más pequeñas y las nacionales que cuentan con menor margen de actuación en las negociaciones con las televisiones.

En cuanto a la demanda, los principales adquirentes suelen ser los operadores de televisión, con la excepción de los derechos de fútbol, donde se ha desarrollado un modelo de puesta en común de derechos, introduciendo una nueva etapa en la cadena de valor de estos contenidos.

Entre los operadores de pago, encontramos dos modelos: el de Digital+ que ha sido el principal adquirente de contenidos exclusivos al objeto de desarrollar una programación que pudiera atraer a clientes de elevada propensión al gasto. Por otra parte, el resto de plataformas de televisión de pago (operadores de cable, Telefónica-Imagenio, etc.), vinculadas a operadores de telecomunicaciones, que empaquetan ambos tipos de servicios y prácticamente no invierten en contenidos exclusivos, sino que se nutren de canales temáticos no exclusivos y emisiones no lineales en pago por visión de eventos deportivos y películas, también en régimen de no exclusividad.

Las televisiones en abierto registran niveles de gasto menores en adquisición de derechos a terceros, en general con contenidos exclusivos centrados en series, películas y eventos deportivos.

(iii) Mercados de edición y comercialización de canales de televisión

Los contenidos son posteriormente empaquetados para producir canales, pudiendo diferenciarse mercados de edición y comercialización de canales. No obstante, algunos contenidos pueden ser objeto de explotación directa, sin su empaquetamiento dentro de canales, por ejemplo en modalidades de televisión de pago no lineales como el pago por visión.

Atendiendo al tipo de contenido incluido en los canales podríamos diferenciar entre canales Premium y canales temáticos para la televisión de pago, y canales generalistas para televisión en abierto. Los canales Premium, con contenidos de mayor atractivo o más novedosos se han venido explotando en exclusiva mayoritariamente por Digital+, mientras que los canales temáticos son comercializados por sus editores a todos los operadores de televisión de pago en régimen de no exclusividad.

Con el empaquetamiento finaliza la fase que podría llamarse de creación de los contenidos, para comenzar la fase de distribución y visionado.

(iv) Mercados de televisión

Los operadores de televisión adquieren derechos sobre canales y contenidos individuales, y se encargan de su distribución a los usuarios finales.

Para la difusión de sus contenidos, los operadores de televisión necesitan utilizar alguna plataforma tecnológica para su distribución a los usuarios (terrenal, satélite, cable/IP-TV, móvil, Internet).

Los operadores de televisión en abierto (TDT) utilizan por imperativo legal la distribución por redes terrenales hertzianas. Digital+ ha optado por la distribución por satélite. En ambos casos estos medios de distribución ofrecen una cobertura territorial casi universal, pero presentan la desventaja de no permitir la interactividad o el empaquetamiento con otros servicios. Estos operadores de televisión no están integrados con la etapa de distribución y contratan la difusión con terceros operadores de las correspondientes redes de telecomunicación.

Por el contrario, los operadores de telecomunicaciones de redes fijas (cable, IP-TV) y móviles, se han constituido en operadores de televisión de pago que aprovechan sus propias redes para comercializar de forma empaquetada servicios de televisión de pago junto a los servicios de comunicaciones electrónicas.

Los operadores de televisión en abierto distribuyen sus contenidos de manera gratuita, monetizando el valor económico de la audiencia a través del merca-

do de la publicidad televisiva. En el caso de la televisión de pago, los operadores comercializan estos contenidos a sus clientes mediante plataformas de televisión de pago basadas en sistemas de acceso condicional, ofreciéndoles diferentes paquetes y precios. La televisión de pago se caracteriza por obtener sus ingresos a través de las cuotas de los abonados, por lo que generalmente necesita contar con contenidos más atractivos que la televisión en abierto, sin publicidad o con publicidad muy limitada.

Por otro lado, la capacidad de las plataformas de televisión en abierto y de televisión de pago para la difusión de canales y programas por los operadores de televisión es a su vez susceptible de comercialización. Los operadores de televisión de pago actúan aquí como oferentes de capacidad para permitir la distribución de canales operados por terceros, y como demandante en particular de los canales en abierto que se retransmiten en las plataformas de televisión de pago. Tradicionalmente las plataformas de televisión en abierto no estaban presentes en estos mercados. Sin embargo, tras la introducción de la TDT y de las consiguientes modificaciones legales, se ha iniciado un mercado secundario de la capacidad de emisión de canales de TDT por parte de los licenciataris de este servicio.

Por todo lo anterior, dentro del sector de la televisión, la autoridad de competencia ha diferenciado los mercados de la televisión de pago, la televisión en abierto, la televisión móvil y el mercado de la publicidad en televisión.

Digital+ es líder indiscutible de la televisión con un 64,4 % de cuota de mercado de ingresos en 2010, seguido de Ono con un 13,3 % y Telefónica con un 11,9 %. Digital+ ha ido perdiendo cuota de mercado en los últimos años principalmente a favor de Telefónica que es el operador que más ha crecido.

En cuanto a la televisión en abierto, la introducción de la televisión digital terrestre (TDT) ha representando una notable multiplicación de la oferta, tanto en el número de programas disponibles como en la entrada de nuevos operadores al mercado, si bien los incumbentes TVE, Telecinco, y Antena 3 mantienen todavía un liderazgo de audiencia respecto de los nuevos entrantes.

La televisión móvil es un mercado emergente que por sus características es difícilmente sustitutivo de otras modalidades televisivas.

En cuanto al mercado de la publicidad televisiva, se ha visto afectado por la fragmentación de las audiencias derivada de la multiplicación de la oferta consecuencia de la TDT y por la desaparición de la publicidad en TVE desde enero de 2010.

(v) Mercado de publicidad en televisión

En la medida en que la publicidad en televisión es un canal publicitario indispensable para un número significativo de anunciantes, la CNC ha considerado que no existe suficiente sustituibilidad por el lado de la demanda con otros

medios publicitarios (como radio, prensa escrita, Internet, etc.) como para definir un mercado de publicidad más amplio.

Por otra parte, la CNC concluye que toda la publicidad emitida en televisión forma parte del mismo mercado, con independencia de que sea en abierto o de pago, si bien el nivel de audiencia de la televisión de pago es menor, aunque a cambio la saturación publicitaria es mucho menor y el perfil de la audiencia está más definido y tiene, por lo tanto, mayor valor publicitario.

(vi) Mercados de comunicaciones electrónicas

El empaquetamiento de servicios minoristas de comunicaciones electrónicas con televisión de pago, especialmente en ofertas de triple play (telefonía fija, acceso a Internet y televisión de pago) y cuádruple play (incluyendo además telefonía móvil), se ha constituido en un elemento competitivo importante. Por ello, la operación de concentración de Digital+ también afectaría al sector de las comunicaciones electrónicas.

Dicho de otro modo, la disponibilidad de una oferta de televisión de pago con contenidos audiovisuales atractivos se configura como una variable estratégica para la captación de clientes de servicios minoristas de comunicaciones electrónicas. Una variable competitiva que afecta precisamente al segmento de clientes con un mayor poder adquisitivo y con mayor propensión de gasto y, por lo tanto, de mayor valor para los operadores.

La fuerte presencia de Telefónica en los diferentes mercados de comunicaciones electrónicas ha condicionado de manera muy importante el análisis de la operación de concentración de Digital+ y el resultado final de la misma, teniendo cuenta el hecho de que estos mercados tienen una relevancia económica muy superior a los mercados de servicios audiovisuales primariamente afectados por la toma de control de Digital+.

3.2 Cuestiones destacables en cuanto a la definición de mercados

Como se ha señalado en la introducción, los autores consideran que sería conveniente centrarse en mayor profundidad en dos elementos relativos a los mercados analizados, el funcionamiento del mercado de la publicidad y el elemento novedoso de la definición de un mercado de la televisión en abierto diferente del mercado de la publicidad.

3.2.1 Aspectos relevantes del funcionamiento del mercado de la publicidad televisiva

El mercado de la publicidad en televisión presenta unas singulares características de funcionamiento que en términos prácticos implican que no es aplicable la mera aritmética de la suma para evaluar la integración de dos operadores como la que se produce en la concentración Telecinco/Cuatro.

Estas características, que se resumen a continuación, han condicionado sin duda de manera importante el análisis de la operación y los compromisos con los que fue autorizada.

Como cuestión inicial, procede señalar que la capacidad para captar ingresos publicitarios en televisión depende de dos factores específicos fundamentales, la audiencia y el *target*.

La relevancia de la audiencia resulta casi inmediata, y no merece mayor aclaración la relación directa entre la audiencia de un programa y el valor de los espacios publicitarios u otras formas de comunicación comercial (patrocinio, emplazamiento de productos, etc.) insertados en dicho programa.

El segundo de los factores que definen el precio de la publicidad es el *target*, o grupo social al que se dirige el mensaje publicitario, y que viene condicionado por el contenido de la programación y horario en el que se insertará el mensaje publicitario. Obviamente los anunciantes, en función del tipo de producto o servicio que deseen publicitar, tendrán un público objetivo distinto para sus campañas. Tradicionalmente se han definido cinco *targets*, un *target* general de población mayor de 4 años, y cuatro *targets* más específicos que se corresponden con adultos, amas de casa, jóvenes de 13-24 años, y niños de 4-12 años.

Para medir la relación entre audiencia y publicidad se utiliza el GRP,⁹ una medida relativa de los impactos publicitarios deseados, utilizada habitualmente para contratar la publicidad.

El precio por GRP en cada *target* es diferente, siendo en general más valioso para aquellos colectivos más específicos y con mayor poder adquisitivo. Por ejemplo, los *targets* de público general y el de amas de casa son los que tradicionalmente presentan unos menores precios por GRP.

Por otra parte, el precio de un GRP de cada *target* no es directamente proporcional a la audiencia, sino que aumenta en mayor proporción que el aumento de la audiencia.

La venta de espacios publicitarios en este mercado se realiza principalmente a través de venta a coste por GRP donde el anunciante compra un volumen de

9. Gross Rating Point, medida de la audiencia publicitaria de un medio que equivale a un uno por ciento del universo potencial total de la audiencia. GRP es un término genérico que puede calcularse sobre el universo o *target* de audiencia que se desee, y en el caso de la publicidad en televisión suele venir referido a un anuncio de 20 segundos de duración. Un mismo número de GRP puede obtenerse en medios de alta cobertura con un menor número de repeticiones del anuncio, y en medios con una cobertura baja del *target* comercial será necesario repetir el anuncio un mayor número de veces.

audiencia para un *target* específico, contratando un número de GRP y negociando un precio unitario por GRP efectivamente conseguido, para lo cual se hace un seguimiento de la información de audiencia suministrada por empresas independientes especializadas en su medición.

Pongamos el ejemplo muy simple, de un anunciante con un producto cuyo *target* sean los niños de 4-12 años, y que desea alcanzar un impacto publicitario del 100 GRP (es decir, tener un número de impactos equivalente al 100 % de niños). Para alcanzar dicho objetivo podría contratar 5 anuncios en programas infantiles en una cadena con el 20 % de audiencia infantil, o 10 anuncios en una cadena con el 10 % de audiencia.

De aplicarse un criterio puramente proporcional a la audiencia, el precio de ambas campañas sería idéntico. No obstante, en la práctica el precio de la primera campaña sería superior. La razón de ello es que para el anunciante tienen más valor llegar a una base más amplia de individuos que conozcan su producto, evitando además el posible efecto negativo de la saturación publicitaria, así como llegar a la misma de forma rápida, para aumentar la efectividad de la campaña publicitaria.

En nuestro ejemplo anterior, suponiendo para simplificar una situación extrema en la que existiese una fidelidad total de las audiencias, en el primer caso un 20 % de la audiencia televisiva infantil habría recibido el mensaje publicitario cinco veces, mientras que en la segunda solamente conocerían de la existencia del producto el 10 %, la mitad de individuos que en el caso anterior, eso sí con 10 mensajes publicitarios cada uno de ellos.

En la negociación del precio influye asimismo la configuración de la campaña con aspectos como los horarios de emisión de la campaña (*prime time*, nocturno, tarde, etc.) o el posicionamiento de los anuncios dentro de las interrupciones publicitarias.

La medida de la relación entre audiencia y precio de la publicidad se obtiene utilizando el *power ratio*.¹⁰ El valor de este parámetro depende, por lo tanto, de dos factores fundamentales: por una parte de la audiencia de la cadena y por otra del *target*, ambos definidos en última instancia por el contenido de la programación. El *power ratio* crecerá con la audiencia y con los *targets* más valiosos (adultos, niños).

La cadena de televisión procurará maximizar su *power ratio* buscando una programación que optimice la variable audiencia-*target*.

En la tabla siguiente,¹¹ puede apreciarse la existencia de diferencias notables en los *power ratio* de las principales cadenas. En 2010 el precio por GRP en la

10. Indicador de eficiencia de la cadena desde el punto de vista de su atractivo publicitario. Se define como el cociente entre la cuota de mercado de los ingresos de la cadena y el *share* de audiencia de la misma.

11. Tabla tomada del Informe de segunda fase de la operación de concentración Telecinco/Cuatro.

cadena con mayor *power ratio* llegaba a ser 2,3 veces superior a la de menor *power ratio*.

AUDIENCIA Y <i>POWER RATIO</i> TELEVISIÓN EN ESPAÑA						
	2009		2010(1T)			
	<i>Share</i>	<i>Power ratio</i>	<i>Share</i>	<i>Share sin TVE</i>	<i>Power ratio con TVE</i>	<i>Power ratio sin TVE</i>
TVE	20,20 %	0,89 %	21,30 %	-	-	-
Telecinco	15,10 %	1,70 %	14,90 %	18,93 %	2,23 %	1,75 %
Antena 3	14,70 %	1,68 %	12,50 %	15,88 %	2,30 %	1,81 %
Cuatro	8,20 %	1,27 %	6,80 %	8,64 %	1,77 %	1,40 %
La Sexta	6,80 %	1,24 %	6,50 %	8,26 %	1,58 %	1,25 %
Autonómicas	13,00 %	0,76 %	12,10 %	15,37 %	0,99 %	0,78 %
Telecinco + Cuatro	23,30 %	1,55 %	21,70 %	27,57 %	2,08 %	1,64 %

Fuente: Informe de la segunda fase de la operación de concentración Telecinco/Cuatro

Como se ha comentado, el *power ratio* no guarda una relación linealmente proporcional con la audiencia, sino que el precio por GRP crece de manera exponencial a medida que crece la audiencia.

Por otro lado, existe un tercer parámetro que afecta al *power ratio* y es la fragmentación de la audiencia. Es un hecho constatado en el mercado de la publicidad que la fragmentación de la inversión publicitaria es siempre menor que la fragmentación de la audiencia. Dicho de otro modo, en un escenario de audiencias muy fragmentadas, la inversión publicitaria se concentra en aquellas cadenas que obtienen mayor cuota de pantalla, y dicha diferencia crece a medida que la diferencia de audiencias es mayor entre las cadenas de mayores cuotas y el resto de operadores del mercado.

En el año 2005, en un escenario en que la oferta de publicidad en televisión se limitaba a TVE, Antena 3, Telecinco y las autonómicas, el *power ratio* de Antena 3 era de 1,36 con una audiencia del 22 % y el de Telecinco de 1,38 para un 21 % de audiencia.

En un escenario de fragmentación de las audiencias como consecuencia de la aparición de nuevas ofertas televisivas el *power ratio* de ambas cadenas privadas seguía creciendo. En el año 2007 ambas cadenas superaron por primera vez un *power ratio* de 1,5. Como se observa en el cuadro anterior, en 2009 alcanzaron valores de 1,70, creciendo por encima de 1,75 en el primer trimestre de 2010, y de 2,2 si se considera el efecto de la desaparición de la publicidad en TVE.

En la práctica, en un entorno de fragmentación de audiencias, los espacios publicitarios en las cadenas líderes constituyen un elemento cada vez más esencial e insustituible para los anunciantes.

Esta circunstancia no es más que un reflejo de una competencia imperfecta en el mercado televisivo, y los efectos derivados de los costes de transacción de contratar campañas publicitarias en múltiples medios.

No debemos olvidar que en el caso de la televisión en abierto emitida a través de la TDT, existe una barrera absoluta de entrada al mercado de tipo regulatorio que limita la oferta de programas como consecuencia de las restricciones en el espectro radioeléctrico disponible para este servicio. Por otra parte, hemos de recordar la existencia de límites legales¹² en cuanto a la ocupación publicitaria, que añaden un segundo elemento a la rigidez de la oferta, habiendo alcanzado las cadenas más importantes tasas de ocupación publicitaria muy cerca de los máximos legales.

La introducción de la TDT en España ha representado una importante multiplicación de la oferta de canales de televisión en abierto. Ello se ha traducido en la práctica en que los operadores de televisión ya presentes en el mercado han visto pasar de uno a cuatro los canales que gestionan, y en la entrada en el mercado de nuevos competidores, con cuotas de audiencia muy bajas en su primera etapa de acceso al mercado. Esta situación ha provocado una caída progresiva de la audiencia de los canales y al mismo tiempo un incremento del *power ratio* de las cadenas líderes por el efecto antes señalado.

En este escenario, los operadores tradicionales han adoptado estrategias¹³ de comercialización empaquetada de la publicidad de sus canales que buscan extender el valor del *power ratio* de su canal principal (producto vinculante) a los nuevos canales de TDT que gestionan (producto vinculado), o incluso aplicar modelos que conlleven la agregación de las audiencias de todos sus canales al objeto de incrementar el *power ratio* total de la cadena.

Al mismo tiempo, algunas cadenas con mayores cuotas de audiencia han suscrito acuerdos¹⁴ de gestión de la publicidad de los canales de televisión de algunos de los nuevos operadores con el objeto de maximizar el *power ratio* del conjunto de programas.

Dichos modelos de comercialización de espacios publicitarios limitan en muchos casos la libertad de los anunciantes a la hora de decidir cómo distribuir su inversión en publicidad entre los distintos canales. Por otra parte, en los casos

12. Límite absoluto de 12 minutos de publicidad por hora (Véase artículo 14 de la Ley 7/2010, General de la comunicación audiovisual)

13. Por ejemplo comercialización simultánea de espacios publicitarios en los diferentes programas bajo un modelo de «pauta única», o venta de espacios publicitarios agrupados por *targets* de audiencia en paquetes que incluyen varios canales

14. Algunos de estos acuerdos han sido objeto de actuación por la CNC como es el caso del expediente S/0245/ Antena3/Veu TV/Disney Channel.

de venta empaquetada, se está observando que el coste por GRP de los canales de menos audiencia se está homogeneizando con el del canal principal de la cadena.

En este contexto, debe valorarse la operación de concentración Telecinco/Cuatro, puesto que, como ha quedado señalado, la dinámica del mercado de la publicidad en televisión implica que los efectos de las operaciones de concentración de operadores de televisión, desde el punto de vista del mercado de la publicidad, se ven incrementados de manera más que proporcional a lo que resultaría de una mera agregación de cuotas de mercado, como consecuencia de la existencia del *power ratio*, y las estrategias de los operadores para maximizar dicha variable.

En la medida en que la audiencia guarda una relación muy directa con la programación, el acceso a los derechos sobre determinados contenidos resulta una variable con un impacto directo e inmediato sobre los ingresos publicitarios de las cadenas de televisión en abierto, amplificando el efecto antes descrito.

Para el conjunto del mercado de la publicidad en televisión la cuota de Telecinco/Cuatro obtenida por mera agregación sería del 45,3 %, tal y como queda reflejado en el cuadro siguiente.¹⁵ Dicha cuota para el mercado de publicidad de ámbito nacional sería del un 50 %, ¹⁶ frente a un 31,8 % de Antena 3 y un 11,4 % de La Sexta.

Tras la operación de concentración Telecinco/Cuatro, dichas cuotas agregadas podrían verse incrementadas en caso de la adopción de estrategias encaminadas a la comercialización conjunta de espacios publicitarios, al objeto de maximizar el *power ratio* de la audiencia agregada del conjunto de canales, y como consecuencia del aumento de la diferencia de audiencia con sus competidores.

3.2.2 La definición del mercado de televisión en abierto

Desde el punto de vista de la definición de los mercados, el elemento que, a juicio de los autores, podría resultar más interesante es el que se refiere a la diferenciación entre el mercado de televisión en abierto y el mercado de la publicidad en televisión.

De manera tradicional, muchos de los precedentes de aplicación del derecho de la competencia a esta clase de servicios habían definido como mercado de referencia únicamente el mercado de comercialización de espacios publicitarios.¹⁷

15. Cuadro tomado del Informe de segunda fase de la concentración Telecinco/Cuatro

16. Estas cuotas tienen en cuenta que solo un 20 % de la publicidad en televisión de ámbito nacional compete con la publicidad emitida por las cadenas autonómicas.

17. Principales casos comunitarios relacionados con los mercados de la televisión en abierto http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/index.cfm?fuseaction=dsp_result&nace_code=99720

En la decisión de la concentración Bertelsmann/CLT, la Comisión Europea apuntaba ya la posible existencia de un mercado entre operadores de televisión y los telespectadores diferente del mercado de la publicidad.¹⁸

En el análisis de las operaciones de concentración Telecinco/Cuatro y Digital+, la autoridad española de competencia ha optado por definir la existencia de un mercado de la televisión en abierto diferente del mercado de publicidad en televisión.

En el presente artículo deseamos centrarnos en el análisis de esta circunstancia por novedosa, y por su posible repercusión en otros mercados como los de algunos servicios en Internet que siguen modelos de negocio similares a los de la televisión en abierto.

No acometeremos aquí la valoración de algunas de las cuestiones relacionadas con el propio mercado de la publicidad y a su posible segmentación en mercados diferenciados que han resultado controvertidas en el marco de las operaciones de concentración.

Aspectos como la segmentación del mercado de la publicidad en mercados diferenciados atendiendo a los diferentes soportes de la misma (televisión, radio, exterior, prensa escrita, etc.) o la valoración de las diferencias entre la publicidad en televisión en abierto y en televisión de pago han sido objeto de extensa valoración por la autoridad de competencia en el marco del procedimiento Telecinco/Cuatro, al cual nos remitimos.

Para valorar la cuestión relativa al mercado de la televisión en abierto es conveniente recordar que el objetivo del operador en abierto es maximizar y optimizar la audiencia y con ello maximizar el ingreso publicitario. Para ello el operador ha de realizar una serie de actuaciones. En primer lugar adquiere o produce contenidos televisivos, y mediante el empaquetado de dichos contenidos configura una programación. Posteriormente contrata con un operador de telecomunicaciones el servicio de difusión terrenal de los programas, para que sus contenidos sean consumidos por los telespectadores. Asimismo comercializa espacios publicitarios a los anunciantes, insertando los contenidos publicitarios dentro de la programación.

Dentro de este conjunto resumido de actividades podemos identificar los mercados de producción, comercialización de derechos sobre contenidos, trans-

En particular véase

Decisión de la Comisión de 20.09.1995 IV/M.553 - RTL/Veronica/Endemol (párrafos 20, 21 y 64) http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m553_en.pdf

Decisión de la Comisión de 25.06.2008 Case No COMP/M.5121 - News Corp/Premiere (párrafos 13 y ss) http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m5121_20080625_20212_en.pdf

Decisión de la Comisión de 2.04.2003 Asunto nº COMP/M. 2876 - Newscorp/Telepiù (párrafos 20 a 22) http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m2876_20030402_600_es.pdf

Decisión de la Comisión de 12.03.2004 Case No COMP/M.3330 - RTL / M6 (párrafo 14) http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m3330_en.pdf

18. Decisión de la Comisión de 7/10/1996 Case No IV/M.779 - Bertelsmann / CLT (párrafo 15) http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m779_en.pdf

porte y difusión de señales de televisión, y el mercado de la publicidad. La cuestión que se plantea es si en esta cadena de valor existe un mercado de producto, que responda a la actividad que de manera intuitiva podríamos asociar a un operador de televisión en abierto, que es la de configurar una programación atractiva para su consumo por los espectadores.

De una manera resumida los elementos más característicos de un mercado son: la existencia de un producto, de oferentes (vendedores), de demandantes (compradores), y de un precio y cantidad intercambiada.

En el caso de la televisión en abierto, el producto es la programación televisiva, los oferentes los operadores de televisión, los demandantes, los espectadores y la cantidad intercambiada el tiempo de consumo televisivo por parte de los espectadores medido a través de los sistemas de medición de audiencia.

En la televisión en abierto el acceso a la programación por los telespectadores no exige la existencia de un contrato escrito con el operador de televisión, ni exige el pago de una contraprestación pecuniaria, lo que origina un elemento de confusión en este mercado en cuanto a la existencia de precio.

La relación que se produce entre un operador de televisión en abierto y sus espectadores presenta un indudable contenido económico. Aunque el acceso al servicio de televisión por parte de los espectadores no implica un pago pecuniario no quiere decir ello que el servicio sea gratuito, es decir, que no exija una contraprestación por parte del espectador.

El operador de televisión ofrece una programación que en muchos casos presenta un coste muy importante. El espectador que desee acceder a dicha programación se ve obligado al visionado de un determinado número de minutos de mensajes publicitarios como contraprestación o precio a satisfacer a cambio del acceso a los contenidos del servicio de televisión.

En el mercado de la televisión en abierto los operadores de televisión venden programación y contenidos televisivos a sus espectadores a cambio de minutos de consumo de espacios publicitarios. Este sería un mercado ascendente al mercado de la publicidad en el que los operadores de televisión venden a los anunciantes minutos de consumo de espacios publicitarios por parte de la audiencia.

Nos encontraríamos, por lo tanto, en un mercado que podría denominarse de trueque, en el que se intercambian dos productos con un valor económico indudable.

Para acreditar el valor económico de la programación, baste con analizar el caso de la televisión de pago en la que los espectadores están dispuestos a satisfacer un pago pecuniario a cambio de tener acceso a unos contenidos televisivos, eso sí, sin publicidad o con una publicidad muy limitada.

Tampoco puede cuestionarse el valor económico del consumo de mensajes publicitarios por los espectadores, como lo demuestra su inmediata conversión a dinero mediante su comercialización a los anunciantes en el mercado de la publicidad.

Fijada esta definición del elemento precio (tiempo de consumo de mensajes publicitarios) y las demás características del mercado de la televisión en abierto, no resulta difícil aplicar la metodología estándar para la definición de mercado de referencia en materia de competencia.

Así, podemos analizar la elasticidad de la demanda ante variaciones en el «precio» y valorar otros productos que podrían pertenecer al mismo mercado mediante un análisis de sustituibilidad por el lado de la demanda.

La multiplicación en la oferta de televisión en abierto y la entrada de nuevos competidores en el mercado español como consecuencia de la implantación de la TDT, así como la desaparición de la publicidad en TVE, han ofrecido un escenario inestimable para el análisis empírico de las características del mercado de la televisión en abierto.

El 1 de enero de 2010 TVE dejaba de emitir publicidad en su programación, lo que implica la real gratuidad del servicio de televisión en abierto por parte de un operador, o lo que es lo mismo, precio cero en cuanto a consumo de publicidad por los espectadores. En diciembre de 2009 TVE alcanzó una audiencia del 16,50 %, para subir 2,10 puntos hasta el 18,60 % en enero de 2010 tras eliminar la publicidad de su programación, poniendo de manifiesto la existencia de una elasticidad demanda/precio limitada pero existente.

Nos encontramos, en el caso de la televisión en abierto, con una situación que podría considerarse similar a la que se produce en muchos de los servicios prestados a través de Internet, tales como servicios de búsquedas, correo electrónico, acceso a contenidos multimedia (música, videos, etc.), o incluso los servicios ofrecidos por las denominadas redes sociales.

Los internautas reciben muchos de los servicios de manera «gratuita» o al menos sin una contraprestación monetaria. Pero, a diferencia de la televisión en abierto, en el caso de los servicios de Internet los usuarios no solo asumen como «precio» o contrapartida la emisión de mensajes publicitarios en las diferentes formas en las que son presentados, sino que asumen también una cesión de información individualizada y de carácter personal sobre preferencias, hábitos de consumo, etc.

En el caso de Internet el proveedor de servicios puede disponer de un control más o menos individual y concreto de la actividad de cada uno de los usuarios y elaborar un perfil, consiguiendo con ello una eficacia mucho mayor en la personalización y discriminación del mensaje publicitario, y un conocimiento más preciso de sus comportamientos.

El grado de detalle del perfil personal es diferente según el tipo de servicio de que se trate. En el caso de los servicios proporcionados por buscadores o servicios de acceso a repositorios de vídeos o música, este conocimiento se obtiene a partir del perfil de navegación. En el caso del correo electrónico o servicios de mensajería, donde el usuario está identificado, el proveedor dispone de información más detallada a partir del análisis automatizado del contenido de los mensajes. En el caso de las redes sociales el proveedor del servicio

dispone de un conocimiento todavía más detallado del perfil de cada uno de sus usuarios.

En los recientes casos de competencia iniciados en el ámbito de los servicios de Internet y en particular en el de los servicios de búsquedas, las autoridades de competencia se verán obligadas a realizar un análisis de mercados cuyas características corresponden con mercados de trueque como el que caracteriza a la televisión en abierto, debatido en los párrafos anteriores.

4. Problemas de competencia y compromisos que los resuelven

Si se tiene en cuenta la evolución tecnológica y competitiva reciente de los mercados afectados, las operaciones de concentración analizadas en este artículo suponen para las empresas implicadas una oportunidad para reforzar sus posiciones competitivas, tanto en los mercados de televisión como en los mercados conexos.

Digital+ es el único operador que no ofrece paquetes de televisión de pago con servicios de comunicaciones electrónicas propios. Esto en parte se deriva de la imposibilidad tecnológica y económica de ofrecer servicios de acceso de banda ancha y de telefonía fija a través del satélite.

En cuanto a Telefónica, aunque sí dispone de ofertas empaquetadas, tiene la desventaja frente a la plataforma satelital de que no puede acceder a toda la población, además de no contar con contenidos Premium, por no disponer de una base de abonados que le permita contar con suficiente poder negociador en los mercados de contenidos audiovisuales, ni con las suficientes economías de escala como para permitir rentabilizar su coste.

Por otro lado Telecinco, ante la incertidumbre provocada por los cambios regulatorios y tecnológicos recientes, que conlleva, entre otros efectos, fragmentación de audiencias, mayor competencia con los canales de pago por contenidos, junto con la salida de TVE del mercado de publicidad, busca afianzar su posición no solo en los mercados de publicidad y de televisión en abierto, sino también en el mercado de adquisición de contenidos.

Sin embargo, desde el punto de vista de la autoridad de competencia, es preciso determinar a partir de qué punto las acciones emprendidas por las partes implicadas a la hora de aprovechar las oportunidades comerciales que se le presentan chocan con la necesidad de garantizar el mantenimiento de competencia efectiva preexistente en los mercados.

En los siguientes apartados se pretende ofrecer una versión resumida pero concisa de los obstáculos al mantenimiento de la competencia que la CNC ha detectado en cada una de las operaciones de concentración en el sector audiovisual y de comunicaciones electrónicas en España.

En cuanto a la operación Telecinco/Cuatro, se pretende a la vez que se identifica cada problema de competencia, describir los compromisos asumidos por Telecinco y aprobados por la CNC para hacer frente al mismo.

Con respecto a dichos compromisos, es importante apuntar que a la hora de hacer un análisis de la adecuación de los mismos, en términos de suficiencia y proporcionalidad, para eliminar los posibles obstáculos a la competencia identificados en la operación Telecinco/Cuatro en los distintos mercados, los mismos no deben de ir más allá de mantener la competencia efectiva preexistente a la operación y, por lo tanto, únicamente deben ir dirigidos a compensar los efectos que produce la desaparición de Cuatro como competidor independiente, aunque teniendo en cuenta los efectos que puede tener la adquisición de control de Digital+ por Telecinco.

Asimismo también es relevante señalar que los compromisos constituyen un conjunto, es decir que solo su aplicación simultánea garantiza su efectividad para resolver los problemas de competencia detectados por la CNC.

4.1. Telecinco/Cuatro

Como ha quedado patente en los apartados anteriores, como consecuencia de la adquisición de Cuatro por Telecinco, en el **mercado de publicidad en televisión** desaparece Cuatro como competidor independiente, mercado que, como se ha señalado en el apartado anterior, se encuentra ya de por sí bastante concentrado, con una oferta rígida y afectada por circunstancias como la fragmentación de la audiencia, la desaparición de TVE como oferente y la firma de acuerdos de gestión conjunta de publicidad entre algunos de los operadores de televisión.

El riesgo para la competencia que produciría esta desaparición no proviene tanto de la presión competitiva que Cuatro pudiera ejercer sobre Telecinco, como del poder de mercado que obtendría Telecinco con la operación y la gestión conjunta que previsiblemente realizaría de la publicidad de los canales de televisión de Telecinco y Cuatro.

Así, con una cuota de mercado en términos de ingresos superior al 40 %, y un nivel de audiencia de aproximadamente un 20 %, la gran mayoría de anunciantes no podría prescindir del grupo Telecinco a la hora de diseñar su *marketing mix* en televisión, al no existir alternativas significativas. Es decir, un número significativo de anunciantes no podría llegar a su público objetivo, en un espacio corto de tiempo, con ningún otro operador de televisión en abierto.

Para hacer frente al anterior **efecto horizontal unilateral** se han aprobado una serie de compromisos encaminados a garantizar que los clientes tengan *de facto* la posibilidad real de seguir anunciándose de forma separada en los principales canales de televisión del nuevo grupo Telecinco.

Por este motivo, los dos primeros compromisos, de no comercializar mediante una misma oferta comercial la publicidad de los dos canales de televisión de mayor audiencia de entre los que gestiona, y de no desarrollar políticas comerciales que supongan la venta vinculada a los anunciantes de los distintos paquetes comerciales de publicidad de canales, garantiza a los anun-

cientes una capacidad mínima de elección entre las distintas ofertas de publicidad televisiva.

Asimismo, para evitar que Telecinco vacíe de contenidos su segundo canal de mayor audiencia, previsiblemente Cuatro, al primer compromiso se añade la condición adicional de que la audiencia conjunta de los canales de televisión incluidos en cada paquete comercial no sea superior al 22 %.

Para reforzar los anteriores compromisos, Telecinco se compromete en el tercer remedio a romper sus acuerdos de gestión conjunta de publicidad de canales de TDT en abierto de terceros y a no firmar nuevos contratos.

Para hacer frente a los efectos en el mercado de publicidad en televisión en el caso de que Telecinco adquiera vínculos estructurales con Prisa y Telefónica en Digital+, en el cuarto y quinto compromiso Telecinco se compromete, en su caso, a no comercializar conjuntamente publicidad con soportes publicitarios gestionados por las demás partes y a aplicar a sus socios condiciones de mercado si le contratan publicidad.

Adicionalmente, podría existir un riesgo de que se produzcan **efectos coordinados negativos**, dado que las operaciones de concentración pueden posibilitar y reforzar los incentivos de Telecinco y Antena 3 a actuar como una unidad económica en la publicidad televisiva en España, con una cuota conjunta de entorno al 75 %. Los operadores se verían favorecidos por un mercado muy transparente y simétrico, ya que Telecinco y Antena 3 siguen estrategias de comercialización parecidas y tienen *power ratios* muy similares, así como con incentivos para salvaguardar la colusión tácita dada la existencia de mecanismos de retorsión eficaces principalmente vía precios.

En este sentido, los compromisos anteriormente descritos relativos al mercado de publicidad pretenden, asimismo, crear una asimetría en las políticas comerciales de Telecinco y Antena 3, lo que unido a que se dificulta que Prisa y Telefónica actúen como mecanismo de represalia, lleva a compensar los efectos horizontales coordinados que genera la operación de concentración.

Por otro lado y para limitar un fortalecimiento del grupo Telecinco en el **mercado de la televisión en abierto**, que pueda limitar el desarrollo de los canales de TDT en abierto alternativos, están dirigidos el noveno compromiso, mediante el cual Telecinco se compromete a no ampliar su oferta de canales de TDT mediante el arrendamiento de la capacidad de emisión correspondiente a licencias de otros múltiples y el undécimo remedio, en el cual Telecinco se compromete a no bloquear las mejoras de calidad de los canales de televisión con los que la entidad resultante comparte múltiples de TDT hasta 2015.

Por último, en el caso de que Telecinco confirme su presencia como accionista de control de Digital+, asume en el décimo compromiso mantener la política actual de cesión gratuita a las plataformas de televisión de pago que tengan sistemas de medición de audiencia, siempre que sus canales de televisión sean distribuidos por las plataformas de televisión de pago de Digital+ o Telefónica. Este remedio trata de evitar que Telecinco utilice su reforzamiento en el mercado

de televisión en abierto para distorsionar la competencia del mercado de televisión de pago.

En lo que se refiere a los **efectos verticales**, estos tendrían lugar en los **mercados de comercialización de contenidos** como resultado del reforzamiento de la posición de Telecinco como adquiriente de contenidos para la televisión en abierto, que serían todavía más preocupantes si se materializase la adquisición de control conjunto de Digital+ por parte de Telecinco, Telefónica y Prisa, puesto que la posición negociadora conjunta resultaría irreplicable por terceros operadores de televisión.

Así, el tercer bloque de compromisos va dirigido a resolver los problemas de competencia detectados en el mercado de contenidos audiovisuales por el refuerzo de la posición negociadora de Telecinco.

Telecinco se compromete en el sexto de la lista de compromisos a limitar la duración de sus contratos de adquisición exclusiva de contenidos a tres años, sin incluir derechos de adquisición preferente o prórroga. De esta manera, se posibilita que los derechos exclusivos que haya adquirido o pueda adquirir salgan de forma periódica al mercado.¹⁹

Por otra parte, en el caso de que Telecinco junto con Prisa y Telefónica adquieran vínculos estructurales en Digital+ y para hacer frente a los efectos que generaría la coordinación de comportamientos competitivos en la adquisición de contenidos audiovisuales, en el séptimo y octavo compromiso Telecinco asume límites absolutos a su capacidad de compra de los contenidos audiovisuales más atractivos, cines y series de estreno de grandes estudios, por una parte, y los principales eventos deportivos, por otra.

Para evitar que Telecinco extienda su poder al **mercado de producción aguas arriba**, en el duodécimo compromiso Telecinco limita su capacidad para excluir a las productoras de televisión nacionales como oferentes de programas a competidores de televisión en abierto. De esta manera, aunque el mercado de producción nacional de programas televisivos tiene una oferta muy variada, se evita que Telecinco utilice sus vínculos con estas productoras para excluirlas totalmente del mercado.

4.2. Prisa/Telefónica/Telecinco/Digital+

En la medida en que la CNC llegó a estudiar en una primera fase los efectos potenciales sobre la competencia de la materialización de la operación de Digital+, los autores consideran que resulta de interés también realizar un breve

19. Se establece una excepción en relación con el periodo de explotación de las series y programas de entretenimiento individuales, que no se limita para no desincentivar la labor de desarrollo y promoción de Telecinco, y con las películas individuales que pueden explotarse durante un periodo de cinco años.

análisis de la misma, que desplegaría sus **efectos horizontales** principalmente en el **mercado de la televisión de pago** y sobre los **mercados de comunicaciones electrónicas**, al reforzarse la posición de Telefónica en los mismos. Efectos que no provienen tanto de la adición horizontal de cuotas, como de la pérdida de presión competitiva por parte de un operador bien posicionado para aumentar su cuota en los mercados afectados.

En España tradicionalmente la televisión de pago se ha venido ofreciendo vía satélite. Sin embargo, en los últimos años se ofrece a través de diversas plataformas tecnológicas (cable, TV-IP, TDT) que, utilizando ofertas empaquetadas de televisión con comunicaciones electrónicas, han ido erosionando poco a poco la posición de líder de Digital+.

Concretamente, el operador que ha registrado mayores tasas de crecimiento en el mercado de la televisión de pago en los últimos años y, por lo tanto, el competidor principal de Digital+, ha sido precisamente una de las empresas adquirientes, Telefónica.

Las notificantes alegaron que en términos de cuota de mercado y tipo de oferta televisiva, Telefónica no es un competidor tan relevante de Digital+. Sin embargo, lo cierto es que la presión competitiva que Telefónica ejerce sobre Digital+ en el mercado de televisión de pago va más allá de lo que reflejan sus cuotas de mercado, gracias a su significativa presencia en los mercados de comunicaciones electrónicas, su mayor cobertura geográfica y su fortaleza financiera.

Por lo anterior, Telefónica es sin duda el competidor mejor posicionado para hacer frente a las barreras a la entrada derivadas de los costes de adquisición de contenidos, los costes de despliegue y gestión de una red de infraestructuras que permita dar servicios de televisión de pago, así como de los costes de captación y retención de clientes.

Otro de los posibles efectos perjudiciales de las operaciones en el mercado de televisión de pago es la pérdida de la presión competitiva potencial de Telecinco que derivaba de la introducción de la TDT de pago, y que se va a perder como consecuencia de los vínculos estructurales que genera el control conjunto de Telecinco sobre Digital+, así como de los acuerdos firmados, que en la práctica ceden a Digital+ los canales de TDT de pago.

De esta manera, las partes podrían poner en común sus estrategias competitivas en el mercado de televisión de pago en múltiples ámbitos, especialmente en los que se refieren a contenidos audiovisuales y disponibilidad de hasta tres plataformas tecnológicas de televisión de pago con una cobertura geográfica amplia y una gran base de clientes.

En definitiva, las operaciones a través de los vínculos estructurales generados y de los acuerdos que las acompañan resultarán en la configuración de una actuación conjunta en televisión de pago que generaría una posición competitiva irreplicable y apenas sujeta a presiones competitivas generando un efecto restrictivo sobre la competencia en el mercado de televisión de pago, que se

traducirá en una menor variedad de alternativas competitivas y en unos mayores precios para los consumidores finales de televisión de pago.

Por último, y teniendo en cuenta lo señalado anteriormente sobre la convergencia entre comunicaciones electrónicas, contenidos y servicios audiovisuales, tanto Digital+ como Telefónica tienen incentivos a extender su coordinación de comportamientos a las ofertas empaquetadas de Digital+ con los servicios de comunicaciones electrónicas de Telefónica, en la medida en que ello beneficia a Digital+ y Telefónica en el mercado de televisión de pago, y a Telefónica en los mercados de comunicaciones electrónicas, teniendo en cuenta la posición preeminente de estos operadores en estos mercados.

Por otro lado, la operación de Digital+ potencia, como ya se ha mencionado anteriormente, los efectos en los mercados verticalmente relacionados y también afectados por la operación Telecinco/Cuatro.

Así, otros posibles **efectos verticales**, además de los ya señalados en el apartado anterior en relación con el acaparamiento de contenidos audiovisuales atractivos por parte de las empresas implicadas, se pueden suscitar en relación con algunos **mercados aguas arriba**, como el de producción de contenidos audiovisuales o el de edición y comercialización de canales.

Esta restricción de la competencia se podría producir mediante la posible exclusión de terceros productores o editores de canales, que podrían no tener acceso (o tenerlo en condiciones onerosas) a una parte importante de la demanda representada por Digital+, Telefónica, Telecinco y Cuatro, que podrían pasar a cubrir sus necesidades de canales o producción de programas mediante la venta exclusiva entre las partes que intervienen en las operaciones de contenidos de producción propia, que hasta ahora se encontraban fuera del mercado.

5. Desistimiento de la operación de Digital+

Tal y como se ha señalado en la introducción, los autores estiman conveniente aclarar las razones para el archivo de la operación de adquisición de control conjunto sobre Digital+ por parte de Prisa, Telecinco y Telefónica.

Una vez notificado a las partes interesadas el Pliego de Concreción de Hechos que identificaba graves obstáculos a la competencia derivados de dicha adquisición de control conjunto y desestimados por la CNC los compromisos aportados por las partes, el 4 de noviembre de 2010, Prisa, Telefónica y Telecinco introducen modificaciones en sus acuerdos y pactos de accionistas que dan lugar al desistimiento de la operación y al archivo del expediente mediante resolución del Consejo de la CNC de fecha 10 de noviembre de 2010.²⁰

20. <http://www.cncompetencia.es/Inicio/Expedientes/tabid/116/Default.aspx?numero=C/0231/10&cambito=Concentraciones>

Para comprender porque a efectos de la autoridad de competencia la participación de Telefónica y Telecinco en Digital+ ya no se considera una adquisición de control conjunto y, por lo tanto, una concentración económica susceptible de notificación a la CNC para su autorización previa, es preciso poner de manifiesto lo que se entiende por control conjunto desde el punto de vista de la legislación de competencia.

Precisamente uno de los puntos de desacuerdo entre la CNC y las partes integrantes de la operación a lo largo de la tramitación del expediente versó sobre el papel que Telefónica y Telecinco desempeñarían en la gestión de Digital+.

Según la comunicación consolidada de la Comisión sobre cuestiones jurisdiccionales en materia de competencia,²¹ existe control conjunto cuando dos o más empresas tienen la capacidad de bloquear acciones que determinan la estrategia competitiva de una empresa. Concretamente señala *«que el control conjunto se caracteriza por la posibilidad de llegar a una situación de bloqueo a causa de la facultad que tienen las dos o más empresas matrices de rechazar las decisiones estratégicas propuestas. Como consecuencia, estos accionistas deben llegar a un acuerdo para establecer la política comercial de la empresa en participación y se ven obligados a cooperar»*.²²

Por otro lado, en el caso de que haya más de dos empresas matrices, que sería el caso que nos ocupa, la comunicación añade que puede existir igualmente control conjunto *«cuando los accionistas minoritarios tienen derechos suplementarios que les permiten vetar decisiones capitales para la estrategia competitiva de la empresa en participación»*.²³

En este aspecto la CNC acreditó, como hemos puesto de manifiesto al describir anteriormente los obstáculos a la competencia, que las notificantes, a raíz de su capacidad para influir sobre la estrategia comercial y competitiva de Digital+ derivada de los derechos de veto concedidos en los pactos de accionistas firmados, tenían todos los incentivos a coordinar sus estrategias y a poner en común sus intereses en los distintos mercados en los que coinciden, así como a actuar de forma coordinada. Sin embargo, tras las modificaciones contractuales realizadas en noviembre de 2010, desaparece el control conjunto de Telefónica y Telecinco a efectos de control de concentraciones, ya que estas fueron introducidas con el objetivo de evitar esa capacidad de Telefónica y Telecinco de influir sobre asuntos estratégicos de Digital+.

Como señala la CNC, esta posibilidad de ejercer una influencia decisiva se plasmaría a través del Consejo de Administración de Digital+, donde Prisa nombraría a

21. Comunicación consolidada de la Comisión sobre cuestiones jurisdiccionales en materia de competencia, realizada de conformidad con el Reglamento (CE) nº 139/2004 del Consejo, sobre el control de las concentraciones entre empresas. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:095:0001:0048:ES:PDF>

22. Párrafo 62.

23. Párrafo 65.

seis consejeros, Telefónica a dos y Telecinco a los dos restantes. De cara a la aprobación de determinadas decisiones por el Consejo de Administración, se requeriría el voto favorable de nueve de los diez consejeros, lo que daría a cada uno de los accionistas derechos de veto sobre las mismas. Algunas de estas decisiones tendrían un carácter estratégico para Digital+, como la aprobación del plan de negocios y del presupuesto anual o la entrada de esta entidad en los mercados de telecomunicaciones, por lo que la posibilidad de su bloqueo conferiría una influencia decisiva sobre Digital+ a cada uno de los accionistas y, por tanto, el control conjunto.

Por otro lado, aunque Telefónica y Telecinco conservan determinados derechos de veto, se trata, tal y como señala la comunicación consolidada de la CE, de «derechos de veto generalmente concedidos a los accionistas minoritarios a fin de proteger sus intereses financieros como inversores de la empresa en participación» y que «no confiere el control conjunto al accionista minoritario»,²⁴ en este caso no confiere a Telefónica y Telecinco influencia decisiva sobre Digital+.

Asimismo, se considera que tampoco existen indicios de que Prisa, Telefónica y Telecinco vayan a preservar un control conjunto *de facto* de Digital+, en la medida en que cada uno de estos accionistas no tiene una dependencia del resto.

Sin perjuicio de lo anterior, que no haya existido una operación de concentración no significa que los accionistas de Digital+ no puedan colaborar entre sí en el futuro, por lo que la CNC está especialmente atenta para que estas posibles actuaciones concertadas no contravengan lo establecido en la normativa de competencia.

6. Labor de vigilancia de la CNC

Sin embargo, no es suficiente con redactar y aprobar unos compromisos adecuados, como los que hemos descrito anteriormente para garantizar el mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados afectados por la operación Telecinco/Cuatro, sino que lo verdaderamente determinante es poder contar con un mecanismo de vigilancia adecuado que permita garantizar la instrumentación y el efectivo cumplimiento de los remedios aprobados por la CNC.

Es decir, una vez aprobada la operación de concentración, da comienzo la imprescindible labor de vigilancia por parte de la CNC de los compromisos asumidos por Telecinco. Concretamente, el artículo 41 de la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia encomienda a la CNC la ejecución y el cumplimiento de la Resolución del Consejo que aprueba la operación de Telecinco/Cuatro con compromisos.

24. Párrafo 66.

En este aspecto los autores consideran que la CNC, en el marco del correspondiente expediente de vigilancia, se está mostrando vigilante y diligente en la supervisión y ejecución de los compromisos, como ponen claramente de manifiesto las acciones emprendidas por dicha autoridad a raíz de la aprobación de la adquisición de Cuatro por Telecinco.

En primera instancia, el Consejo de la CNC estableció en el apartado segundo de su resolución que aprueba la operación de concentración la obligación de que Telecinco presentase, en el plazo de un mes desde que su resolución fuese ejecutiva, un plan de actuaciones en el que se detallasen, entre otras cuestiones, las medidas a adoptar por Telecinco y su calendario de implantación.

Telecinco incumplió el plazo de un mes sin ofrecer justificación alguna, lo que ha resultado en la incoación por parte de la Dirección de Investigación de un expediente sancionador contra Telecinco,²⁵ que ha sido resuelto por el Consejo de la CNC, con fecha 29 de julio de 2011, con la imposición de una multa a Telecinco por infracción muy grave de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia.

Tal y como señala el Consejo en su resolución, Telecinco presentó dos versiones fuera de plazo del plan de actuaciones, propuestas que además se consideraron insuficientes por la CNC para garantizar la adecuada ejecución de los compromisos, lo que resultó en la aprobación, mediante acuerdo de la Directora de Investigación de fecha 23 de febrero de 2011, de un plan de actuaciones modificado que sí garantiza una vigilancia real de los compromisos, tratando de clarificar, entre otros asuntos, cómo se interpretan e instrumentan los mismos.²⁶

Contra dicho acuerdo, el 7 de marzo de 2011, Telecinco presentó un recurso ante el Consejo de la CNC (R/0068/11) solicitando su nulidad argumentando que infringe el ordenamiento jurídico en diversos ámbitos a la vez que solicita la suspensión cautelar de la ejecución de determinados puntos impugnados del plan de actuaciones modificado, ya que estima que la interpretación realizada por la CNC en su versión del plan le produce graves perjuicios.

El 25 de abril de 2011 el Consejo de la CNC desestimó el recurso administrativo interpuesto por Telecinco contra el acuerdo de la directora de Investigación

25. La CNC ha acordado con fecha 29 de abril de 2011 la incoación de expediente sancionador contra Gestevisión Telecinco, S.A, en el marco de la vigilancia del cumplimiento de la resolución del Consejo de la CNC de 28 de octubre de 2010 que autorizaba con compromisos la operación de concentración Telecinco/Cuatro, por entender que no presentación del plan de actuaciones en el plazo previsto puede ser constitutivo de una infracción del artículo 62.4.c) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia <http://www.cncompetencia.es/Inicio/Expedientes/tabid/116/Default.aspx?numero=SNC/0012/11&ambito=Ley 30>

26. Resolución de la directora de Investigación de 23 de febrero de 2011 que modificaba el Plan de Actuaciones presentado por Telecinco el 31 de enero de 2011 en el marco del expediente de vigilancia VC/230 Telecinco/Cuatro y aprobaba la versión modificada de dicho Plan de Actuaciones, conforme a lo previsto en el resuelve segundo de la resolución del Consejo de la CNC de 28 de octubre de 2010 en el expediente C/0230/10 Telecinco/Cuatro.

de fecha 23 de febrero de 2011,²⁷ que aprueba el plan en su versión modificada, en la medida en que considera que bajo ninguna perspectiva puede apreciarse que el mismo haya causado indefensión ni perjuicio irreparable a los derechos de Telecinco.

En términos generales la CNC considera que Telecinco basa el núcleo de sus argumentos en aspectos que van contra la literalidad de los compromisos aprobados, y que contradicen la interpretación que se hace de esos compromisos en la resolución del Consejo de la CNC de 28 de octubre de 2010, y que no hay que olvidar que fueron aportados voluntariamente por Telecinco.

De manera que muchas de las matizaciones que Telecinco pretende introducir en el plan de actuaciones han sido desestimadas en la medida en que vulneran la literalidad del compromiso correspondiente, además de aguar las condiciones en virtud de las cuales fue aprobada la concentración.

Estos autores consideran de interés para el lector hacer alusión a los principales puntos expuestos por el Consejo de la CNC para desestimar el recurso en la medida en que reflejan las divergencias de fondo que han venido produciéndose entre la CNC y Telecinco desde la aprobación de la operación Telecinco/Cuatro.

(i) Sobre el cómputo de la vigencia de los compromisos

La resolución del Consejo de la CNC que aprueba la operación de concentración señala que los compromisos tendrán una duración inicial de tres años, que Telecinco entiende que debería computarse a partir de la fecha de aprobación de la operación, es decir, desde el 28 de octubre de 2010.

La CNC sin embargo deja claro que la resolución por la que se aprueba la operación, y que no ha sido recurrida por la notificante, señala claramente *«una duración inicial de los compromisos de tres años desde la aprobación del Plan de Actuaciones...»*, es decir, desde el 23 de febrero de 2011.

(ii) Sobre el cómputo de los límites temporales en la adquisición exclusiva de contenidos

El compromiso sexto indica que Telecinco se *compromete a no concluir contratos de adquisición exclusiva de contenidos audiovisuales de terceros con una duración superior a tres años.*

27. Resolución del Consejo de la CNC de fecha 25 de abril de 2011 por la que se resuelve el recurso administrativo interpuesto con fecha 8 de marzo de 2011 por Telecinco contra el acuerdo de la directora de Investigación de 23 de febrero de 2011 que modificaba el Plan de Actuaciones presentado por TELECINCO el 31 de enero de 2011 <http://www.cncompetencia.es/Inicio/Expedientes/tabid/116/Default.aspx?numero=R/0068/11&ambito=Recursos>

El plan de actuaciones indica que en el caso de que no quede determinado en el momento de la firma del contrato la identificación concreta del contenido contratado o el momento exacto en que cada contenido será puesto a disposición del adquirente, el criterio es que estos contratos no podrán exceder de tres años desde el momento de su firma.

Pues bien, Telecinco considera desproporcionada esta especificación en cuanto al cómputo del límite y entiende que el límite temporal de tres años solo debería computar desde que el contenido en cuestión es puesto a disposición de la cadena de televisión para iniciar derechos de emisión.

La CNC, sin embargo, desestima la interpretación unilateral de Telecinco debido a la evidente problemática para la competencia que conlleva la adquisición a futuro de contenidos. En definitiva, se estaría vaciando de contenido al compromiso al permitir *de facto* que Telecinco compre contenidos audiovisuales, sin ningún tipo de limitación temporal, aplicando de manera cosmética los límites temporales a la explotación de cada contenido audiovisual específico.

(iii) Sobre el cómputo de los límites temporales en los contratos de adquisición de contenidos en exclusiva preexistentes

En relación con este punto el compromiso sexto también es muy claro, al señalar que Telecinco se compromete a otorgar al proveedor el derecho a modificar los contratos para ajustarlos a los anteriores límites, sin modificación del resto de condiciones establecidas en los mismos, que podrá ejercerse en un plazo de seis meses desde la entrada en vigor de los compromisos.

Sin embargo, Telecinco pretende que los límites temporales comiencen a computar desde la fecha de ejecución de la operación de concentración, estableciendo una excepción que no estaba contemplada en el mismo.

Como señala el Consejo, de aceptarse semejante interpretación unilateral, Telecinco impediría que se produzca la salida al mercado de los contenidos de los que Telecinco disponía antes de la operación de concentración, elemento clave del compromiso que contribuyó a la autorización de la operación de concentración.

(iv) Sobre los datos que se solicitan en relación con el compromiso ii

El plan de actuaciones aprobado el 23 de febrero de 2011 exige a Telecinco que aporte determinada información de manera periódica sobre la aplicación efectiva de sus políticas comerciales en el mercado de la publicidad en televisión, toda vez que Telecinco considera que resulta improcedente delimitar de tal modo dicha información.

Sin embargo, como pone de manifiesto la CNC, Telecinco no justifica en qué medida dichas exigencias le ocasionan un perjuicio irreparable, a la vez que defiende que dicha información periódica de la comercialización efectiva que hace Telecinco de su publicidad es necesaria y pertinente para determinar si *de facto* está vinculando la contratación de sus paquetes.

Finalmente, es preciso hacer mención de la acción más reciente emprendida por la CNC para tratar de garantizar el efectivo cumplimiento de los compromisos asumidos por Telecinco, que es la aprobación mediante acuerdo de la Dirección de Investigación de la publicación en la página web de la CNC del plan de actuaciones en su versión pública y contra el cual Telecinco ha interpuesto recurso (R/0068/11).

El Consejo de la CNC, con fecha 23 de agosto de 2011, desestimó el recurso, avalando así la importancia que tiene en este caso concreto la publicación del plan de actuaciones para una eficaz aplicación de los compromisos.

De lo anterior se deduce que la implementación de los compromisos de la operación Telecinco/Cuatro no está exenta de problemas, lo que ha llevado a que la CNC haya realizado diversas actuaciones que son frecuentemente contestadas por Telecinco.

7. Conclusiones

En el presente artículo se han analizado algunos de los elementos que los autores consideran más relevantes de las operaciones de concentración Telecinco/Cuatro y la operación relativa a Digital+.

En lo que concierne a la televisión en abierto, se ha realizado una descripción resumida de las singularidades del funcionamiento del mercado de publicidad en televisión y la manera en que se comercializan los espacios publicitarios. El funcionamiento del mercado implica que el precio de la publicidad crece de manera exponencial con la audiencia y que la fragmentación de audiencias incrementa el valor publicitario de las cadenas líderes.

Por ello, las operaciones de concentración de televisiones en abierto no pueden evaluarse por una mera agregación de las cuotas de mercado de las partes y han de tener en cuenta esta realidad a la hora de evaluar el impacto de estas operaciones sobre los mercados de la publicidad y en los mercados conexos relacionados con los contenidos y demás elementos de la cadena de valor del sector audiovisual.

Asimismo se ha realizado una reflexión sobre la definición de un mercado de televisión en abierto diferente del mercado de la publicidad en televisión. Los autores identifican la televisión en abierto como un mercado de trueque en el que el precio consiste en consumo de mensajes publicitarios por los espectadores. Se han resaltado asimismo las similitudes de este caso con otros mercados que no conllevan un precio pecuniario, en particular Internet, caracterizado por modelos de negocio equivalentes al de la televisión en abierto.

Por otra parte, se ha realizado una breve pero concisa recapitulación de los problemas de competencia identificados por la CNC en el marco de las dos operaciones de concentración, así como de los compromisos que abordan los problemas identificados en la operación de concentración que finalmente se ha llevado a cabo, la de Telecinco/Cuatro, a la vez que se ha tratado de exponer la lógica detrás del archivo de la operación de Digital+.

Finalmente, se han descrito las acciones emprendidas por la CNC hasta la fecha en el marco de su labor de vigilancia del cumplimiento de los compromisos asumidos voluntariamente por Telecinco.

Estas acciones de la CNC evidencian que la salvaguarda de la competencia efectiva por el sistema de control de concentraciones no pueden limitarse a la adopción de determinados compromisos o condiciones, sino que es muy relevante asegurar que los mismos se implementan de forma efectiva y clara, lo que no siempre es fácil y hace que la fase de vigilancia de las resoluciones de la CNC tenga un carácter estratégico para asegurar la eficacia de la normativa de competencia.

SEGUNDA PARTE
DIRECCIONES DE INTERNET

1. Unión Europea

Alemania: Bundeskartellamt

<http://www.bundeskartellamt.de/>

Alemania: Monopolkommission

<http://www.monopolkommission.de/>

Austria: Bundeskartellanwalt

<http://www.bmj.gov.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.tgdccompetencia.org/>

España: Tribunal para la Defensa de la Competencia de Castilla y León

[http://www.jcyl.es/scsiau/Satellite/up/es/EconomiaEmpleo/Page/PlantillaN2DG
TextoBuscadores/1157374121695/_/_/_?asm=jcyl&tipoLetra=x-small](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/Estru
ctura&idOrganismo=1109266228977&pid=1109265444699&language=es&c
id=1109266187242](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](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.autoridadedaconcorrenca.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.compct.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://csgb.ubc.ca/ccpp/>

Cátedra Fundación ICO-Nebrija de Derecho y Economía de la Competencia
<http://www.nebrija.com/fundacionICONEbrija/>

European University Institute
<http://www.iue.it/RSCAS/Research/Competition/>
[http://www.iue.it/RSCAS/Research/Competition/2007papers\).shtml](http://www.iue.it/RSCAS/Research/Competition/2007papers).shtml)

Findlaw
<http://lawecon.lp.findlaw.com/>
<http://www.findlaw.com/01topics/01antitrust/index.html>

Global Competition Law Centre (College of Europe)
<http://www.coleurop.be/template.asp?pagename=gclc>

Hieros Gamos Guide to Antitrust and Unfair Competition Law
<http://www.hg.org/antitrust.html>

Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional
<http://www.ibrac.org.br/>

International Competition Network
<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/index.php/en/home>

Palidan Antitrust Law
<http://www.palidan.com/Practice/antitrust.htm>

Reg-Markets Center
<http://www.reg-markets.org/>

The Antitrust Case Browser
<http://www.stolaf.edu/people/becker/antitrust/>

US Antitrust Materials (Legal Information Institute, Cornell Law School, US)
<http://www.law.cornell.edu/topics/antitrust.html>



fundación



ISBN: 978-84-490-2841-0



9 788449 028410