ANUARIO DE LA COMPETENCIA 2011-2012

ANUARIO DE LA COMPETENCIA

2011
2012

fundación ICO

UAB
Universitat Autònoma de Barcelona

ANUARIO DE LA COMPETENCIA

2011-2012

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 2011-2012

Juan José Alba Ríos
Dirección de Regulación de Endesa

María Álvarez San José
Cuerpo Superior de Técnicos de la Administración Civil del Estado
Asesoría Jurídica de la Comisión Nacional de la Competencia

Luis Berenguer Fuster
Expresidente de la Comisión Nacional de la Competencia

Susana Cabrera Zaragoza
Abogado
Garrigues

Juan M. Contreras Delgado de Cos
Subdirector adjunto de Relaciones con las Administraciones Públicas de la Comisión Nacional de la Competencia

Alberto Escudero Puente
Abogado
Garrigues

Juan Espinosa García
Subdirector de Relaciones con las Administraciones Públicas en la Comisión Nacional de la Competencia

José Mª Fernández Seijo
Magistrado
Juzgado Mercantil n.º 3 de Barcelona

Jordi Fornells de Frutos
Subdirector de Sociedad de la Información de la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia

Inmaculada Gutiérrez Carrizo
Miembro del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia

Clara Guzmán Zapater
Directora de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia

[redacted]

Marta Marañón Hermoso
Dirección de Asesoría Jurídica de Endesa

Miguel Ángel Martín de Pablos
Asesor del Presidente y Responsable de Comunicación en la Comisión Nacional de la Competencia

Antonio Maudes Gutiérrez
Director de Promoción de la competencia de la Comisión Nacional de la Competencia

María Jesús Mazo Venero
Subdirectora de Servicios de la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia

Andrés Morata Céspedes
Dirección de Regulación de Endesa

Leticia Pérez Sosa
Cuerpo Superior de Técnicos de la Administración Civil del Estado
Asesoría Jurídica de la Comisión Nacional de la Competencia

Amadeo Petitbò
Catedrático de Economía Aplicada

[redacted]

ANUARIO DE LA COMPETENCIA

2011-2012

Dirección

LLUÍS CASES
Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad Autónoma de Barcelona

Socio Garrigues, Abogados y Asesores Tributarios

Con el patrocinio de:
Fundación ICO

Producción:
Universitat Autònoma de Barcelona
Servei de Publicacions
Edifici A. 08193 Bellaterra (Cerdanyola del Vallès). Spain
sp@uab.cat
www.uab.cat/publicacions

Impresión: Gramagraf, sccl

Depósito legal: B.34.572-2012
ISBN 978-84-490-3347-6

Impreso en España. Printed in Spain

SUMARIO

SEGUNDA PARTE. DIRECCIONES DE INTERNET

PRESENTACIÓN

El *Anuario de la Competencia 2011-2012* que aquí se presenta forma parte de una colección iniciada en el año 1996 que tiene como principales objetivos promover el debate y la reflexión sobre la competencia desde una vertiente económica y jurídica. Asimismo, se ha convertido en una valiosa fuente de información periódica y actualizada para todos los que, por distintos motivos, se interesan por las normas de competencia. Para la consecución de estos objetivos el Anuario, bajo la coordinación del ilustre profesor y abogado Lluís Cases, recoge análisis y aportaciones de destacados especialistas sobre cuestiones importantes para el desarrollo de la competencia que han tenido una especial relevancia durante el periodo cubierto.

Como ya es conocido —y existe una amplia al respecto—, la crisis económica actual supone un desafío sin precedentes. Para el ordenamiento jurídico comunitario también supone un reto, en tanto que las medidas que los Estados están adoptando frente a la crisis entran en colisión con las normas de defensa de la competencia de la Unión Europea y, en particular, con las disposiciones relativas al régimen de ayudas públicas. En este contexto, como apunta la propia Comisión Europea y expertos en esta materia, es fundamental garantizar unas reglas de juego equitativas que puedan dar respuesta a esta situación, a través de un marco jurídico *ad hoc* que pueda conciliar la intervención de los Estados miembros con el respeto de unas condiciones uniformes de competencia para el conjunto de estos, sin que se falsee indebidamente la competencia.

La Comisión Europea, para dar respuesta a esta situación, puso en práctica un auténtico marco jurídico de excepción en aplicación del ya conocido artículo 107, apartado 3, letra b), del TFUE, permitiendo que algunas categorías de ayuda estatal puedan estar justificadas, por un periodo limitado, para solucionar estas dificultades. En este marco, desde el inicio de la crisis financiera mundial, la Comisión ha ido emitiendo varias Comunicaciones para regular el funcionamiento de las ayudas de los Estados miembros a sus instituciones financieras: la bancaria, sobre recapitalización, sobre activos deteriorados y restructuración, cuyo plazo expiraba a finales de 2011, si bien todas ellas han sido prorrogadas, dada la gran volatilidad de los mercados financieros y la incertidumbre respecto a las perspectivas económicas.

Por lo que respecta a las medidas destinadas a la recuperación de la denominada economía real, destaca la Comunicación de la Comisión «Marco Temporal», aplicable a las medidas de ayuda estatal dirigidas a facilitar el acceso a la financiación en el actual contexto de crisis económica y financiera, cuya vigencia finalizaba en diciembre de 2010 y que se prolongó hasta finales de 2011.

Aunque faltan estudios definitivos que hagan un balance del impacto real que produce la actual situación de inestabilidad, en lo que era el objetivo de todas las medidas aquí brevemente enunciadas, la decisión de modificar el marco jurídico aplicable en una situación de excepcional gravedad, en mi opinión, debe considerarse acertada. La intervención pública debe decidirse a nivel nacional, pero en un marco coordinado y sobre la base de varios principios comunes de la Unión Europea, sin distorsiones de la competencia, lo cual requiere que los Estados miembros de la UE no puedan conceder ayudas, o cualquier tipo de ventajas comparativas, que beneficien a sus nacionales en perjuicio de los otros agentes económicos comunitarios.

En este contexto, me parece importante destacar la labor contracíclica que el ICO desempeña y que, a mi juicio, constituye un ejemplo de cómo se puede contribuir a dar respuesta a las necesidades de los sectores productivos españoles, en plena colaboración con el sistema financiero privado y con estricta observancia de las normas de competencia. La actividad del Instituto, en línea con la actividad que desarrollan instituciones similares en la Unión Europea, se centra en atender las necesidades de financiación de sectores de actividad y colectivos con menor acceso a los canales habituales de financiación, y contribuir al desarrollo de las pymes y de los autónomos, generadores de una parte esencial de la actividad económica y el empleo del país. Para ello, el ICO trabaja de manera continua en adaptar su oferta de productos a la demanda y a las necesidades de sus grupos de interés, en permanente contacto con las empresas, las instituciones y la sociedad.

Para finalizar, tan solo me queda agradecer a todos los autores su participación en este nuevo volumen, que en esta ocasión concentra dos años, y, en especial, a Lluís Cases, como coordinador de esta obra que se ha consolidado como un referente en el sector.

ROMÁN ESCOLANO OLIVARES
Presidente de la Fundación del Instituto de Crédito Oficial

PRIMERA PARTE
ESTUDIOS

LA TERMINACIÓN CONVENCIONAL EN LA LEY 15/2007 DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA A LA LUZ DE LA COMUNICACIÓN DE LA CNC

CLARA GUZMÁN ZAPATER
Directora de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia

JORDI FORNELLS DE FRUTOS
Subdirector de Sociedad de la Información de la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia

1. Introducción

La Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante Ley 15/2007), ha supuesto el gran cambio del sistema español de defensa de la competencia, y este ha tenido como base tanto la experiencia a nivel nacional como los cambios producidos en la normativa comunitaria.

En el marco del procedimiento sancionador de conductas anticompetitivas, una de las reformas acometidas por la Ley 15/2007, ha sido la flexibilización del régimen de terminación convencional como mecanismo de finalización de los expedientes sancionadores de conductas restrictivas de la competencia, lo que ha fomentado un mayor uso de esta herramienta en proporción al uso que se le dio durante la vigencia de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante Ley 16/1989), que ya lo contemplaba, como veremos más adelante.

Este mayor uso ha dado lugar a una abundante y variada casuística, lo cual, a su vez, ha hecho necesario condensar y aclarar los criterios que utiliza la Comisión Nacional de la Competencia (en adelante CNC) a la hora de aplicar la terminación convencional.

Por ello, transcurridos cuatro años desde la entrada en vigor de la LDC, en octubre de 2011 la CNC aprobó y publicó una Comunicación sobre Terminación

Convencional de Expedientes Sancionadores,[1] con el objeto de establecer unas directrices que guiasen la actuación de la CNC y al mismo tiempo sirviesen a las empresas para saber cómo proceder a la hora de solicitar y tramitar la terminación convencional de sus expedientes sancionadores.

Este ejercicio a su vez incrementa la transparencia y la previsibilidad de la actuación de la CNC en la aplicación de la terminación convencional de los expedientes sancionadores, favoreciendo la seguridad jurídica.[2]

A lo largo de este artículo se van a desarrollar, en primer lugar, los orígenes de la terminación convencional y su introducción como vía de resolución de los expedientes sancionadores en el ámbito de la normativa de defensa de la competencia en España, así como las modificaciones en esta figura a las que da lugar la Ley 15/2007.

Posteriormente, se analizará el procedimiento de aplicación de la terminación convencional a los expedientes sancionadores, tanto a la vista de lo desarrollado por la Comunicación sobre Terminación Convencional como lo establecido por la CNC en los casos concretos que han tenido lugar hasta el momento.

Por último, se tratará sobre el objeto e implicaciones de la terminación convencional, a fin de clarificar bajo qué supuestos es viable utilizarla en un expediente sancionador, conforme a lo desarrollado por la Comunicación sobre Terminación Convencional y lo que se deduce de la práctica de la CNC.

2. Antecedentes: de la Ley 16/1989 a la vigente Ley 15/2007

La terminación convencional aparece por primera vez en el ordenamiento jurídico español dentro del marco general establecido por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, Ley 30/1992), como una forma, podría decirse que «excepcional», de terminación de los procedimientos administrativos.[3]

1. Disponible en: http://www.cncompetencia.es/Inicio/GestionDocumental/tabid/76/Default.aspx?EntryId=104314&Command=Core_Download&Method=attachment.
2. Ver los párrafos 3 y 4 de la Comunicación sobre Terminación Convencional.
3. Artículo 88 Ley 30/1992.
   1) Las Administraciones Públicas podrán celebrar acuerdos, pactos, convenios o contratos con personas tanto de derecho público como privado, siempre que no sean contrarios al Ordenamiento Jurídico ni versen sobre materias no susceptibles de transacción y tengan por objeto satisfacer el interés público que tienen encomendado, con el alcance, efectos y régimen jurídico específico que en cada caso prevea la disposición que lo regule, pudiendo tales actos tener la consideración de finalizadores de los procedimientos administrativos o insertarse en los mismos con carácter previo, vinculante o no, a la resolución que les ponga fin.
   2) Los citados instrumentos deberán establecer como contenido mínimo la identificación de las partes intervinientes, el ámbito personal, funcional y territorial, y el plazo de vigencia, debiendo publicarse o no según su naturaleza y las personas a las que estuvieran destinados...

Esta figura, que implica una negociación entre la Administración Pública y los sujetos privados (el artículo 88.1 de la Ley 30/1992 habla de pacto, acuerdo o convenio), debía ser implementada expresamente en la regulación específica del procedimiento para poder ser utilizada. Ello dio paso a que determinados procedimientos administrativos, entre los cuales el procedimiento sancionador en materia de defensa de la competencia, adoptaran la terminación convencional como un medio de terminación del procedimiento.

La Ley 52/1999, de 28 de diciembre, de reforma de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante Ley 52/1999), introduce en los procedimientos sancionadores de conductas anticompetitivas la posibilidad de terminación convencional prevista en la Ley 30/1992, con la finalidad, tal y como se expresa en su exposición de motivos, de lograr una mayor eficacia de los órganos de defensa de la competencia.

Así, la Ley 52/1999 introduce un nuevo artículo, el 36.bis,[4] en el que se establece como una nueva competencia del Servicio de Defensa de la Competencia (órgano dependiente del Ministerio de Economía), la de acordar la finalización de un expediente sancionador en curso mediante terminación convencional.

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

Así, el mencionado artículo 36.bis de la Ley 16/1989,[5] supeditaba la aplicación de la terminación convencional al acuerdo del Director del Servicio de Defensa de

4. Artículo 36 bis Ley 16/1989.
1) El Servicio de Defensa de la Competencia podrá:
(...)
c) Acordar la terminación convencional de una investigación que se haya iniciado de oficio o a instancia de parte interesada por posible infracción de los artículos 1, 6 y 7 de la Ley, siempre que la misma no resulte contraria a lo dispuesto en esta Ley, y esté encaminada a finalizar las actuaciones administrativas.
2) En los procedimientos de terminación convencional, el Servicio determinará quiénes son los interesados en el asunto, con el fin de que puedan ser oídos en el curso del mismo.
La terminación convencional de los procedimientos no podrá acordarse en aquellos casos en que resulte contraria al ordenamiento jurídico y resulte perjudicial para terceros. Tampoco podrá acordarse la terminación convencional una vez notificado el pliego de concreción de hechos.
Los acuerdos para la terminación convencional de una investigación deberán establecer como contenido mínimo la identificación de las partes intervinientes, el ámbito personal, territorial y temporal, el objeto de los compromisos y el alcance de los mismos. Dichos acuerdos deberán ser adoptados por el Director del Servicio y los interesados.
Quienes acrediten interés legítimo, y no hubieren tomado parte en los acuerdos de terminación convencional, podrán interponer contra los mismos el recurso ante el Tribunal de Defensa de la Competencia previsto en el artículo 47 de esta Ley.

5. Introducido como se ha dicho por la Ley 52/1999.

la Competencia y de todos los declarados por él interesados en el asunto. Esto indudablemente supuso una traba a su aplicación efectiva, ya que se les daba un papel en el acuerdo a los afectados por las conductas, los cuales, más que defender el interés público, como es lógico y natural, defendían sus propios intereses, impidiendo, en unos casos informalmente,[6] el inicio de la terminación convencional y en otros, de manera formal y expresa, que esta llegara a su término una vez iniciado el procedimiento.[7]

El hecho de que el acuerdo de terminación convencional tuviera que ser suscrito por el Servicio de Defensa de la Competencia le daba un papel de parte en el mismo lo que, indirectamente, le implicaba de manera proactiva en la definición no solo del ámbito personal, territorial y temporal de los compromisos, sino también en el objeto y alcance de los mismos, limitándose en muchos casos las empresas a hacer sus observaciones sobre sus propuestas y/o a su aceptación sin más.

Adicionalmente, la Ley 16/1989 establecía un límite temporal para poder aplicar la terminación convencional, que abarcaba cualquier momento del procedimiento antes de la notificación del pliego de concreción de hechos, es decir, antes de que el Servicio hubiera delimitado formalmente cuáles eran las conductas investigadas y su correspondiente calificación jurídica.

La Ley 16/1989 daba la potestad para adoptar el acuerdo de terminación convencional del expediente al Servicio de Defensa de la Competencia, sin que mediara intervención alguna del Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante TDC) que, sin embargo, era el competente para resolver, previo informe de vigilancia, sobre el incumplimiento de dicho acuerdo[8] y sobre la adopción de la multa coercitiva con el fin de hacer cumplir los términos del acuerdo de terminación convencional.[9]

Todo ello era llevado a cabo por el TDC sin haber tenido opción a valorar si el contenido y alcance de los compromisos eran o no suficientes para restaurar las condiciones de competencia. Únicamente en los casos en que se interpusiera el correspondiente recurso ante el TDC por aquellos que acreditando interés legítimo no hubiesen tomado parte en el acuerdo de terminación convencional, el TDC podía acceder a toda la información previa al recurso que conformaba el expediente sancionador, lo que de haberse producido transcurrido un cierto tiempo, hubiera creado una difícil situación.

Cabría afirmar, por tanto, que los requisitos establecidos en la Ley 16/1989 que acabamos de comentar y, sobre todo, la especial dificultad que implicaba el tener

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

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

8. Resolución de incidente de cumplimiento de acuerdo de terminación convencional, de 24 de junio de 2008, Expediente 630/07–DAMA/SGAE.

9. Artículo 11.5 de la Ley 16/1989.

que poner de acuerdo a denunciantes y denunciados, fueron responsables del escaso éxito de este instrumento. Así, durante los casi siete años (2000-2007) de vigencia del sistema de terminación convencional previsto en la Ley 16/1989, solo se culminaron tres Acuerdos de Terminación Convencional (en adelante, ATC).[10]

Examinando el contenido concreto de estos tres ATC, resulta complicado establecer puntos comunes entre ellos que pudieran dar lugar a una conclusión razonable. En un caso el expediente se había iniciado por un supuesto abuso de posición de dominio,[11] en los otros dos casos por acuerdos entre empresas.[12] En cuanto a los hechos objeto de investigación, también eran distintos de unos casos a otros: precios predatorios en el primero, fijación de precios en el segundo, imposición de condiciones comerciales en el tercero.

Pero a pesar de la diferencia en relación con el contenido sustancial de cada uno de los distintos ATC, donde sí se observan similitudes es en relación con el procedimiento abordado por la Administración para llegar a una solución negociada con las partes en conflicto.

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

En todo caso, conviene destacar que una vez adoptados los ATC mencionados, ha habido y continúa habiendo a día de hoy problemas reales, tanto para las empresas como para la propia autoridad de competencia (en la actualidad, la CNC), para implementar y vigilar el cumplimiento de los compromisos adoptados en el marco de los mismos. En algunos casos, estos problemas incluso se han plasmado en nuevas Resoluciones,[13] que han llegado a declarar y sancionar el incumplimiento de los términos del ATC,[14] o que han extinguido el propio ATC.[15]

Encontrándose aún vigente la Ley 16/1989 en España, en el ámbito comunitario (UE) el 1 de mayo de 2004 entró en vigor el Reglamento 1/2003, del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre

10. Expedientes: 2457/03–Sistemas de pago; 2458/03–Asempre/Correos y 2398/02 DAMA/SGAE.

11. 2458/03–Asempre/Correos.

12. 2457/03–Sistemas de pago y 2398/02–DAMA/SGAE.

13. Resolución de incidente de cumplimiento del ATC, de 24 de junio de 2008, en Expediente 630/07–DAMA/SGAE, y Resolución de incidente de ejecución del ATC, de 29 de julio de 2009, en Expediente 2457/03–Sistemas de pago.

14. Ver la Resolución de 14 de febrero de 2011, que declara el incumplimiento del ATC de 15 de septiembre de 2005 en el Expediente 2458/03–Asempre/Correos y la Resolución de 23 de agosto de 2011 en el Expediente–SNC/0011/11, que sanciona dicho incumplimiento.

15. Resolución de 17 de diciembre de 2010, que declara que la vigencia del ATC de 16 de noviembre de 2006 en el Expediente 2457/03–Sistemas de pago finaliza el 31 de diciembre de 2010; Resolución de 8 de marzo de 2012, que acuerda la extinción del ATC de 15 de septiembre de 2005 en el Expediente 2458/03–Asempre/Correos.

competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea, en cuyo artículo 9 se establece la posibilidad de que las empresas puedan proponer compromisos a la Comisión Europea (en adelante CE) en el curso de un procedimiento, salvo cuando la CE se disponga a imponer una sanción, pudiendo convertir la CE estos compromisos en obligatorios para las empresas afectadas mediante decisión, sin que en dicha decisión la CE deba pronunciarse sobre si se ha producido o existe infracción de los artículos del Tratado relativos a defensa de la competencia.

Teniendo en cuenta las dificultades y problemas planteados en la aplicación práctica del procedimiento de terminación convencional de acuerdo con la Ley 16/1989, y las competencias asignadas a la CE en el Reglamento comunitario, la nueva y vigente Ley 15/2007, que crea la nueva autoridad nacional, la CNC, fruto de la unión de los dos organismos pre-existentes (Tribunal de Defensa de la Competencia y Servicio de Defensa de la Competencia) acomete, entre otras muchas reformas, una serie de cambios sustantivos en el procedimiento de terminación convencional con la finalidad de *flexibilizar* dicho régimen, centrando esos cambios:

> en la propuesta de compromisos por parte del presunto infractor, la negociación con la Dirección de Investigación y la elevación al Consejo de una propuesta de resolución, siempre antes del informe-propuesta, que podrá ser adoptada sin necesidad de contar con el acuerdo del resto de interesados en el expediente[16]

Así, la Ley 15/2007 en su artículo 52[17] y posteriormente el Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, en su artículo 39,[18] vienen a establecer los requisitos necesarios para poder

16. Exposición de motivos de la Ley 15/2007.

17. Artículo 52 de la Ley 15/2007:
1) El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, a propuesta de la Dirección de Investigación, podrá resolver la terminación del procedimiento sancionador en materia de acuerdos y prácticas prohibidas cuando los presuntos infractores propongan compromisos que resuelvan los efectos sobre la competencia derivados de las conductas objeto del expediente y quede garantizado suficientemente el interés público.
2) Los compromisos serán vinculantes y surtirán plenos efectos una vez incorporados a la resolución que ponga fin al procedimiento.
3) La terminación del procedimiento en los términos establecidos en este artículo no podrá acordarse una vez elevado el informe propuesta previsto en el artículo 50.4.

18. Artículo 39 del Reglamento de Defensa de la Competencia:
Terminación convencional de los procedimientos sancionadores.
1) De conformidad con el artículo 52 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, en cualquier momento del procedimiento previo a la elevación del informe propuesta previsto en el artículo 50.4 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, la Dirección de Investigación podrá acordar, a propuesta de los presuntos autores de las conductas prohibidas, el inicio de las actuaciones tendentes a la terminación convencional de un procedimiento sancionador en materia de acuerdos y prácticas prohibidas. Este acuerdo de inicio de la terminación convencional será notificado a los interesados, indicándose si queda suspendido el cómputo del plazo máximo del procedimiento hasta la conclusión de la terminación convencional.

finalizar el procedimiento sancionador mediante terminación convencional, siendo las mayores diferencias con el procedimiento establecido en la Ley 16/1989, concretamente:

— La solicitud del inicio del procedimiento de terminación convencional la realiza el presunto infractor.
— La primera propuesta de compromisos que resuelvan los efectos de las conductas por los presuntos infractores, en el plazo estipulado por la Dirección de Investigación y siempre inferior a tres meses.
— La solicitud de terminación convencional será previa a la remisión del informe propuesta al Consejo de la CNC.

---

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

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

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

5) La Dirección de Investigación elevará al Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia la propuesta de terminación convencional para su adopción e incorporación a la resolución que ponga fin al procedimiento. Recibida la propuesta de terminación convencional y, en su caso, informada la Comisión Europea de acuerdo con lo previsto en el artículo 11.4 del Reglamento (CE) n.º 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia podrá:

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

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

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

a) la identificación de las partes que resulten obligadas por los compromisos,
b) el ámbito personal, territorial y temporal de los compromisos,
c) el objeto de los compromisos y su alcance, y
d) el régimen de vigilancia del cumplimiento de los compromisos.

7) El incumplimiento de la resolución que ponga fin al procedimiento mediante la terminación convencional tendrá la consideración de infracción muy grave de acuerdo con lo establecido en el artículo 62.4.c de la Ley 15/2007, de 3 de julio, pudiendo determinar, asimismo, la imposición de multas coercitivas de acuerdo con lo establecido en el artículo 67 de la Ley de Defensa de la Competencia y en el artículo 21 del presente Reglamento, así como, en su caso, la apertura de un expediente sancionador por infracción de los artículos 1, 2 o 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio.

— La decisión de iniciar el procedimiento corresponde a la Dirección de Investigación, si bien la resolución del expediente por terminación convencional, estimando si los compromisos son adecuados o no, corresponde en todo caso al Consejo de la CNC, previa propuesta de la Dirección de Investigación.
— No es necesario el acuerdo de los interesados con los compromisos.
— Solo cabe el recurso Contencioso Administrativo de la Resolución que pone fin al expediente, al igual que ocurre con cualquier otra Resolución del Consejo de la CNC.

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

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

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

Por último, y no menos importante, el hecho de que no sea necesario contar con el acuerdo con la propuesta de compromisos de todos los interesados en el procedimiento permite superar uno de los escollos fundamentales para la consecución de la terminación convencional, quedando la decisión de si los mismos responden o no al interés público a los órganos de competencia.[19]

Estos cambios, que identificamos en este artículo como flexibilizadores del procedimiento de terminación convencional, han fomentado sin duda un mayor uso de esta herramienta. Así, durante los cinco años de vigencia de la Ley 15/2007

19. En el caso de la terminación convencional en el marco de los expedientes S/0127/09–Procuradores; 2800–Signus y 2697–CEPSA, entre otros, los denunciantes no estaban de acuerdo, por lo que la terminación convencional ha sido posible debido a la nueva normativa.

el Consejo de la CNC ha resuelto veinte expedientes sancionadores mediante terminación convencional, frente a los tres acuerdos que se adoptaron durante los siete años de vigencia del anterior sistema bajo la Ley 16/1989.

3. Terminación convencional: su objeto e implicaciones

Con la entrada en vigor de la Ley 15/2007 en septiembre de 2007, y la extensión de la aplicación de la terminación convencional en expedientes sancionadores de la CNC a partir de 2009, hubo cierta confusión entre la comunidad jurídica sobre cuál era el alcance y objeto de la terminación convencional.

En este sentido, a partir de 2009 se produjo un incremento muy significativo de las solicitudes formales e informales de inicio de las actuaciones tendentes a la terminación convencional de los expedientes sancionadores que estaba instruyendo la CNC, en la medida que se veía la terminación convencional como una vía para eludir la imposición de multas o para dilatar el procedimiento, a la que cualquier presunto infractor tenía derecho con independencia de las circunstancias del caso.

Esto hizo necesario que la CNC delimitase de forma más clara el objeto y alcance de la terminación convencional, tanto en sus acuerdos y resoluciones relativos a este tipo de solicitudes, como en su Comunicación sobre Terminación Convencional, que fue aprobada en octubre de 2011.

La Comunicación resalta que la terminación convencional es una forma atípica de finalizar los procedimientos sancionadores de la CNC, que solo se aplica a los expedientes sancionadores incoados por infracción de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, excluyendo a los incoados por infracción de otros preceptos de dicha norma.[20]

En la medida que la forma normal de finalización de los expedientes sancionadores debe consistir en un pronunciamiento sobre la acreditación o no de una infracción de la norma y, en su caso, la imposición de la correspondiente sanción, la CNC ha señalado que obtener la terminación convencional de un expediente sancionador solo debe ser posible cuando se cumplen los criterios legales y se alcanzan los objetivos perseguidos por la autoridad de competencia.

La CNC ha puesto de manifiesto en la Comunicación sobre Terminación Convencional que el objetivo que se persigue con esta figura es doble.[21]

En primer lugar, la CNC busca restituir las condiciones de competencia en el mercado puestas en peligro por las conductas restrictivas detectadas, con unos compromisos que además deben salvaguardar el bienestar de los consumidores y el interés público.

20. Ver los párrafos de 7 a 9 de la Comunicación sobre Terminación Convencional.

21. Ver el párrafo 10 de la Comunicación sobre Terminación Convencional.

Por ello, la CNC indica que el segundo objetivo es minimizar el tiempo y los medios humanos que se deben dedicar a la instrucción y resolución de expedientes sancionadores con el fin de probar los hechos, optimizándose así el uso de los recursos públicos.

Según la CNC, esto último facilita además que se produzca una probable reducción del número de recursos que se interponen ante la justicia contencioso-administrativa contra las resoluciones del Consejo de la CNC.

La consecución de estos objetivos tiene una incidencia directa en los criterios que utiliza la CNC para determinar si procede iniciar el procedimiento de terminación convencional, y para aceptar o no los compromisos propuestos por las partes.

Por ello, la CNC ha señalado que en estas decisiones inciden, entre otros, los siguientes criterios objetivos:

— El momento y la forma en la que se solicita la terminación convencional.
— La naturaleza de la conducta investigada y los efectos que haya podido desplegar sobre la competencia.
— La mayor o menor facilidad en cuanto al diseño de los posibles compromisos que solucionen el problema o problemas de competencia identificados, y que sean fáciles de implementar y vigilar.

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

En particular, la CNC ha manifestado que no puede contemplarse esta posibilidad en aquellos casos que hayan tenido efectos negativos irreversibles sobre la competencia efectiva, causando daños irrecuperables que no son compensados por las posibles eficiencias derivadas de las conductas investigadas o por los compromisos susceptibles de ser presentados.[22]

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

A este respecto, según la CNC, la terminación convencional no puede servir para reducir o evitar una multa en los casos que quede acreditado que dicha sanción es necesaria. Como ocurre, por ejemplo, en aquellos casos en que las empresas hayan sido objeto ya de una resolución sancionadora por los mismos hechos.[23]

22. Acuerdos de precios y condiciones comerciales (S/0106/08–Hierros España, S/0105/08–Corral de las flamencas, S/0094/08 Alquiler coches sin conductor); hechos consumados (recomendaciones en prensa: IIMPROVO).

23. S/0065/08 Ecovidrio.

Estos criterios se han reflejado expresamente en la Comunicación sobre Terminación Convencional de la CNC, que dedica un apartado entero a explicar en qué casos puede proceder la terminación convencional de un expediente sancionador.[24]

En todo caso, en la medida que no es fácil determinar *ex ante* todos los supuestos que no son susceptibles de acogerse a la terminación convencional, la Comunicación deja claro que dichos criterios son generales y que la CNC siempre conserva un margen de apreciación a la hora de determinar si procede o no la terminación convencional en un caso específico.

Por otra parte, una de las principales implicaciones del inicio de las actuaciones tendentes a la terminación convencional es su incidencia sobre los plazos de tramitación del expediente sancionador.

Así, la CNC suele suspender por defecto los plazos de tramitación del expediente principal, lo que lleva a un alargamiento del tiempo de tramitación del expediente si la terminación convencional no sale adelante.

Además, durante la tramitación de la terminación convencional la CNC busca conjugar la flexibilidad que permita poder profundizar en el análisis y la negociación de los compromisos a presentar, con el objetivo de obtener una resolución lo más pronto posible, con el fin de que se restituyan cuanto antes las condiciones de competencia en el mercado y así garantizar el interés público.

Para conjugar ambos elementos, aun cuando sea la empresa o empresas imputadas las que han de ofrecer voluntariamente unos compromisos, en la práctica la Dirección de Investigación propicia y facilita al máximo la posibilidad de que se produzcan reuniones e intercambios de información que ayuden a configurar los compromisos más adecuados para preservar la competencia efectiva y para salvaguardar el interés público.

Además, en muchas ocasiones la Dirección de Investigación amplía este tipo de reuniones a terceros, interesados en el expediente o no, que estén bien posicionados para aportar perspectiva a la viabilidad práctica de los compromisos presentados.

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

En todo caso, la decisión más relevante de la Dirección de Investigación está sin duda en decidir si los compromisos planteados o presentados son suficientes y si procede iniciar las actuaciones tendentes a la terminación convencional o elevar la propuesta de terminación convencional al Consejo de la CNC o, por el contrario, y agotadas todas las vías de negociación razonables, si los compromisos

24. Ver el apartado III: «¿En qué casos procede la terminación convencional?», de la Comunicación sobre Terminación Convencional.

planteados o presentados no solucionan los problemas de competencia y procede no iniciar o cerrar la terminación convencional y retomar el expediente sancionador.

La CNC ha indiciado que el elemento primordial de toda terminación convencional es la configuración de unos compromisos que sean claros, efectivos y susceptibles de ser vigilados, que sirvan para prevenir o compensar los perjuicios para la competencia que puedan derivarse de las conductas investigadas y que, ante todo, garanticen el interés público.

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

Hasta ahora, la experiencia práctica de la CNC ha puesto de manifiesto que los compromisos más fáciles de implementar y vigilar han sido aquellos relativos a las supresiones o modificaciones de determinadas cláusulas de acuerdos, reglamentos, estatutos, etc. que, por su redacción, pueden dar lugar a restricciones no justificadas de la competencia,[25] y aquellos cuya finalidad es dar publicidad del contenido de la Resolución que se adopte y ponga fin al procedimiento, no solo entre sus miembros, asociados, sino también entre posibles o potenciales afectados.[26]

Sin embargo, en otros casos se han diseñado compromisos más complejos, que conllevan la asunción de determinadas obligaciones de comportamiento[27] y el establecimiento de garantías sobre comportamientos futuros.[28] En estos casos, la experiencia de la CNC ha puesto de manifiesto que la principal problemática deriva de detallar suficientemente lo que puede y no puede hacer la empresa en cuestión, a fin de alcanzar un equilibrio para no restringir innecesariamente su libertad de empresa. Al mismo tiempo, debe evitarse que los compromisos sean tan excesivamente vagos, indeterminados o laxos como para no impedir los perjuicios a la competencia detectados que dieron lugar a la incoación del expediente sancionador.

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

En este ámbito, como apoyo a la labor de vigilancia que encomienda el Consejo de la CNC a la Dirección de Investigación, en algunos casos de ter-

25. Entre otros, S/0127/09–Procuradores, S/0189/09–Consejo General de Colegios Oficiales de Aparejadores y Arquitectos Técnicos y S/0203/09 COAPI.

26. Entre otros, S/0189/09–Consejo General de Colegios Oficiales de Aparejadores y Arquitectos Técnicos, S/0127/09–Procuradores, 2800 Signus Ecovalor y S/0235/10 FEMP/Consejos superiores.

27. Entre otros 2738 Galp Energía, 2697 CEPSA, 2800 Signus Ecovalor y S/0246/10 Vocento/Godó.

28. Entre otros, S/0020/07–Trío Plus.

minación convencional se ha introducido la figura del supervisor[29] o auditor;[30] cuya función puede ser la de auditar la actividad de la empresa sujeta a los compromisos, supervisar el coste imputable a determinados servicios, elaborar informes periódicos sobre el cumplimiento, mediar en la resolución de disputas, etc., sin perjuicio de que cualquier decisión final sobre la vigilancia y la valoración del grado de cumplimiento de los compromisos le corresponda, en exclusiva, al Consejo de la CNC previo informe de la Dirección de Investigación.

En algunos casos, las autoridades de competencia de otros países de la UE han ido más allá, llegando incluso a establecer los precios máximos que se podían cobrar por determinados servicios. Un buen ejemplo es un caso francés, en el que en el marco de la terminación convencional, la autoridad de competencia fijó los precios máximos que se aplicarían por la marca Citroën a los talleres independientes de reparación de automóviles.[31]

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

A este respecto, merecen especial mención las decisiones adoptadas en este sentido por parte de la Comisión Europea en el caso de E.ON, obligando a esta empresa a desinvertir en su red eléctrica y en capacidad de generación;[32] o los casos franceses en los que se adoptaron compromisos cuasi-estructurales referentes a la reforma de la organización de las empresas de prensa diaria[33] y la creación por France Telecom de una oficina para la demanda de suministro de red telefónica,[34] respectivamente.

Algunas autoridades, como la italiana, han ido un paso más allá en materia de la terminación convencional, llegando a establecer compensaciones a terceros en el marco de los compromisos, como mecanismo para compensar los casos en los que ha existido un daño previo. Un ejemplo de ello es el caso Tele2/Tim-Vodafone-Wind,[35] en el que se incluyó la compensación económica por los daños causados antes de la cesación de la conducta.

Otra de las implicaciones de la tramitación de la terminación convencional es cómo compaginar el papel que deben jugar la Dirección de Investigación y el Consejo de la CNC en este procedimiento. En particular, el Consejo de la CNC

29. 2738–Galp Energía y 2697–CEPSA.
30. 2800–Signus Ecovalor.
31. http://www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/07d31.pdf.
32. http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39389/39389_2761_1.pdf.
33. http://www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/05d12.pdf.
34. http://www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/08d21.pdf.
35. http://www.agcm.it/concorrenza/concorrenza-elibere/download/41256297003874BD/AA6711EC50D0C-152C12572960051EE7B.html?a=ATT9NK3R.

es quien tiene la decisión final sobre si acepta o no la terminación convencional propuesta, pero solo puede pronunciarse sobre la misma si la Dirección de Investigación le eleva una propuesta considerando que los compromisos presentados son adecuados para la terminación convencional.

En este sentido, uno de los principios básicos del derecho sancionador en España es la separación de las figuras de instrucción (que corresponde a la Dirección de Investigación) y de resolución (que corresponde al Consejo). Sin embargo, la normativa también prevé que el Consejo de la CNC debe tener conocimiento, tal y como se establece en el RDC,[36] de los compromisos formales aportados por el presunto infractor.

Esta obligación de poner en conocimiento del Consejo de la CNC los compromisos ha de interpretarse como una posibilidad abierta por el legislador a que el Consejo de la CNC, pueda manifestar su opinión al órgano encargado de negociarlos, la Dirección de Investigación. Esto resulta especialmente relevante en aquellos casos en los que el Consejo de la CNC considerase no viable la vía de la terminación convencional del expediente, ayudando con ello a evitar dilaciones innecesarias en la tramitación del expediente sancionador. En todo caso es el Consejo de la CNC el que en última instancia ha de decidir acerca de si los compromisos son suficientes o no, o si es necesaria alguna modificación sobre los mismos, cuando recibe la propuesta de la Dirección de Investigación.

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

Al término del procedimiento de terminación convencional mediante Resolución del Consejo de la CNC, dicha resolución queda sometida a la vigilancia por la Dirección de Investigación del cumplimiento de los compromisos que contiene.

Ya se han apuntado en este mismo apartado algunos temas relacionados con la vigilancia del cumplimiento de las Resoluciones del Consejo de la CNC.

Otro factor adicional para la vigilancia que ha puesto de manifiesto la experiencia práctica de la CNC es el relacionado con la publicidad. De cara a una eficaz vigilancia, resulta importante dar publicidad a la Resolución adoptada por el Consejo de la CNC y los compromisos finalmente aceptados, de la forma más amplia y transparente posible, respetándose en todo caso los límites impuestos por el respeto a la confidencialidad de los datos que decida el propio Consejo de la CNC.

36. Artículo 39.2 del RDC:

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

En relación con esto, en la mayoría de las ocasiones los mejor posicionados para presentar información sobre la aplicación efectiva de los compromisos son los terceros afectados por estos. Por ello, resulta determinante que dichos terceros afectados dispongan de la máxima información posible sobre la existencia y alcance, temporal y material, de los compromisos de la terminación convencional.

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

Así, para el supuesto infractor y solicitante de la terminación convencional, es cierto que la presentación de compromisos no implica reconocimiento de culpa, pero sí implica comprometerse a suprimir determinados comportamientos o cláusulas, o a modificar su política comercial, sin que por ello dichas conductas hayan sido declaradas prohibidas por resolución del Consejo de la CNC que posteriormente haya sido, en su caso, ratificada por la jurisdicción contencioso-administrativa.

La principal ventaja para el supuesto infractor es que no haya pronunciamiento de la CNC sobre la acreditación de la infracción ni, por lo tanto, imposición de multa.

En todo caso, esto no significa que el Consejo de la CNC no se pueda pronunciar sobre la compatibilidad de las conductas investigadas con la normativa de competencia, a fin de salvaguardar su eficacia disuasoria.[37]

En relación a este mismo tema, durante la consulta pública del borrador de Comunicación sobre Terminación Convencional que se produjo en julio de 2011, una parte importante de los comentarios recibidos abogaba por ampliar el alcance de la terminación convencional, para permitir su aplicación a un mayor número de casos, permitiendo que los presuntos imputados reconozcan su culpa y que se les imponga una sanción, a cambio de una reducción de su importe.

A día de hoy, sin embargo, en opinión de la CNC, en España la única figura que permite evitar o reducir una sanción es la clemencia. Por ello, como ha indicado en la Comunicación,[38] la terminación convencional no se puede asimilar a los settlements (transacciones de multas), instrumento recogido en otras legislaciones de competencia de la UE y de fuera de ella, sino que se asemejaría más a la figura de los compromisos recogido en el artículo 9 del Reglamento (CE) 1/2003, mencionado anteriormente.

Por lo que respecta al denunciante de los hechos o los terceros afectados, la terminación convencional puede satisfacer todas sus expectativas de manera más rápida y eficaz, en cuyo caso, previsiblemente, no emprenderá ningún tipo de acción, ni recurrirá la Resolución. Por el contrario si no se cumpliera alguna de sus expectativas podrá intentar, primero vía alegaciones y, posteriormente,

37. Ver el párrafo 13 de la Comunicación sobre Terminación Convencional.

38. Ver el párrafo 15 de la Comunicación sobre Terminación Convencional.

mediante la interposición de recurso contra la Resolución del Consejo de la CNC, impedir que se dé por terminado el procedimiento que inició con su denuncia.

No debe olvidarse en relación a ello que debido a que por la vía de la terminación convencional no hay declaración formal de prácticas prohibidas por la LDC, una posible demanda por daños y perjuicios se verá dificultada, aunque si la CNC se pronuncia sobre la compatibilidad de las conductas investigadas con la normativa de competencia, esta vía tampoco debería ser descartada a priori.

4. Terminación convencional: aplicación del nuevo procedimiento de la ley 15/2007 de acuerdo con las directrices de la comunicación

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

Esto tiene implicaciones muy significativas que pueden llegar a desvirtuar la figura de la terminación convencional, pues bajo determinadas interpretaciones de las previsiones legales, sería posible solicitar el inicio de la misma cuando la fase de instrucción ya ha finalizado.

Sin embargo, una solicitud tan tardía de la terminación convencional implicaría que la Dirección de Investigación ya se habría formado una convicción sobre la antijuridicidad de las prácticas investigadas, y sería más difícil que los posibles compromisos satisfagan el interés público mediante una pronta resolución del expediente y una restauración de las condiciones competitivas preexistentes a la restricción de la competencia detectada e investigada.

Asimismo, esto podría dar pie a que las empresas imputadas abusasen del procedimiento, utilizando la terminación convencional como mecanismo para dilatar la tramitación del expediente o para reabrir la fase de instrucción y las discusiones con la Dirección de Investigación sobre las prácticas investigadas.[39]

Desde un punto de vista práctico, si se ha procedido al cierre de la fase de instrucción para, como establece el artículo 33 del Reglamento de Defensa de la Competencia, proceder a emitir la propuesta de resolución, se deberá reabrir dicha fase,[40] previa notificación a todos los interesados, aunque ello no esté expresamente previsto ni en la Ley 15/2007 ni en el Reglamento que la desarrolla.

A la vista de lo anterior, la Comunicación sobre Terminación Convencional ha clarificado que las solicitudes de inicio tardías tienen menos visos de ser acep-

39. Ver la Resolución del Consejo de la CNC de 30 de junio de 2011, en el Expediente R/0071/11–AISGE 2 y la Resolución del Consejo de la CNC de 4 de julio de 2011, en el Expediente R/0072/11–PRISA/Zeta.

40. S/0127/09–Procuradores.

tadas por la Dirección de Investigación, por lo que se recomienda que las mismas se presenten cuanto antes a partir de la incoación del expediente sancionador y hasta la finalización del plazo de alegaciones al Pliego de Concreción de Hechos.[41]

En este sentido, en una Sentencia reciente,[42] la Audiencia Nacional ha señalado que bajo una interpretación finalista de las previsiones legales, una solicitud de inicio de las actuaciones tendentes a la terminación convencional posterior a la emisión de la propuesta de resolución es extemporánea.

La Audiencia Nacional ha razonado que las actuaciones tendentes a la terminación convencional tienen que ser iniciadas por la Dirección de Investigación, por lo que esto solo se puede producir mientras esté abierta la fase de instrucción, que finaliza en todo caso con la emisión de la propuesta de resolución y no con la elevación del informe propuesta al Consejo de la CNC.

De ser asumida esta interpretación de la Audiencia Nacional en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, se clarificaría que legalmente la fecha límite para solicitar la terminación convencional es la emisión por la Dirección de Investigación de la propuesta de resolución, y no la elevación del informe propuesta al Consejo de la CNC.

Otro de los aspectos más controvertidos en el procedimiento de aplicación de la terminación convencional es si caben o no las terminaciones convencionales parciales, ya sea por los sujetos infractores o las conductas investigadas.

En la práctica, se ha demostrado que en el caso de que haya varios sujetos infractores, la solicitud podrá hacerla uno de ellos y a la misma podrá adherirse el resto.[43]

Incluso podría darse el caso de que alguno de los supuestos infractores ni la solicitara ni se adhiriera, en cuyo caso la Dirección de Investigación tendría que valorar si la posible terminación convencional resolvería «los efectos sobre la competencia derivados de las conductas objeto del expediente» y si garantizaría suficientemente el interés público, dado que la terminación convencional puede ser adoptada «sin necesidad de contar con el acuerdo del resto de interesados del expediente». solo hay obligación de poner en conocimiento de todos los supuestos infractores el procedimiento de terminación convencional desde su inicio e informarles de su derecho a formular alegaciones, pero sin reconocérsele el derecho de veto que permitía la legislación anterior.

También podría suceder que el inicio del procedimiento de terminación convencional se propusiera únicamente sobre determinadas conductas, pero no sobre todas las que son objeto del expediente.

41. Ver los párrafos 11, 21 y 22 de la Comunicación sobre Terminación Convencional.

42. Sentencia de la Audiencia Nacional de 5 de julio de 2012, en relación con la Resolución del Consejo de la CNC de 30 de junio de 2011 en el Expediente R/0071/11–AISGE 2.

43. S/0076/08–Convenio Contact Center y S/ 0077/08–Convenio Seguridad.

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

La Comunicación de Terminación Convencional no ha abordado directamente esta situación, en la medida en que es muy casuística, lo que dificulta extraer reglas generales.

No obstante, la Comunicación establece[44] que en las solicitudes iniciales se deben cubrir todas las presuntas conductas prohibidas de las que sea responsable el solicitante, y que hayan sido identificadas en el acuerdo de incoación o en el Pliego de Concreción de Hechos. De esta manera, la CNC en principio ha descartado una terminación convencional parcial para las conductas investigadas de un mismo infractor.

Esta decisión es lógica y consecuente con los objetivos de la terminación convencional, pues de lo contrario se daría incentivos a las partes que solicitan la terminación convencional a abrir procesos de negociación parciales y dilatados, que difícilmente permitirán un uso eficiente de los recursos públicos y una restauración rápida de las condiciones de competencia.

Todo ello sin perjuicio de que, excepcionalmente, la CNC haya optado por desglosar en varios expedientes distintas conductas investigadas, y en algunos de estos expedientes se haya producido la terminación del mismo por terminación convencional. Esto es lo que ocurrió en el caso S/0255/10–Puntos servicio E.ON.[45]

En cualquier caso, la CNC no ha descartado las terminaciones convencionales parciales, y así consta en la Comunicación, donde se asume expresamente que las solicitudes iniciales de terminación convencional no tienen que estar secundadas por todas las empresas investigadas[46] y que los compromisos presentados por una parte no tienen por qué ser asumidos por todos los presuntos infractores.[47]

Hasta la fecha solo ha existido una Resolución de Terminación Convencional parcial, en el Expediente S/0245/10–Antena 3/VEO/Disney,[48] en el que una de las partes, Antena 3, no se adhirió a los compromisos presentados por las demás partes del expediente, para poner fin a los acuerdos de gestión conjunta de la publicidad que estaban siendo analizados en el expediente. No obstante, se trata de un caso muy particular, pues dado el contenido de los contratos en cuestión, Disney y VEO no necesitaban el concurso de Antena 3 para hacer efectivos los compromisos.

44. Ver el párrafo 27 de la Comunicación sobre Terminación Convencional.
45. Resolución del Consejo de la CNC de 30 de noviembre de 2010, S/0255/10–Puntos servicio E.ON.
46. Ver el párrafo 27 de la Comunicación sobre Terminación Convencional.
47. Ver el párrafo 37 de la Comunicación sobre Terminación Convencional.
48. Ver la Resolución de la Terminación Convencional de 30 de junio de 2011 del Consejo de la CNC.

Otra particularidad de este caso es que a pesar de que la CNC aceptó la terminación convencional del expediente, lo que conllevó la no imposición de sanciones a las partes, Antena 3 ha recurrido ante la Audiencia Nacional dicha Resolución. De esta forma, en este caso la terminación convencional no habría servido para reducir la litigiosidad, por lo que no se habría conseguido uno de los objetivos que persigue esta herramienta.

Para reducir la incertidumbre sobre la viabilidad o no de la terminación convencional en un caso específico, especialmente si es atípico, es habitual que los presuntos infractores mantengan contactos informales con la Dirección de Investigación en una fase previa a la solicitud de inicio de las actuaciones tendentes a la terminación convencional de un expediente sancionador, al objeto de recabar su opinión sobre la procedencia de la solicitud del inicio del procedimiento de terminación convencional y, en su caso, sobre los posibles compromisos a ofrecer. Sin embargo, en ningún caso dichos intercambios de información paralizarían el procedimiento de instrucción del expediente principal, que seguiría su curso normal.

La propia Comunicación sobre Terminación Convencional fomenta estos contactos previos, al señalar que los mismos facilitan la adopción de la decisión de inicio del procedimiento de terminación convencional.[49]

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

En este sentido, ya se ha señalado anteriormente que la terminación convencional solo puede iniciarse previa solicitud del presunto infractor, nunca puede ser esta una decisión unilateral de la Dirección de Investigación. Ello no obsta a que la Dirección de Investigación pueda dirigirse informalmente a los supuestos infractores de un expediente sancionador, cuando considere que las circunstancias del caso aconsejan la terminación convencional del mismo, tal y como prevé expresamente la Comunicación.[50]

Solicitado el inicio de terminación convencional, la Dirección de Investigación ha de proceder a denegarla o a aceptarla mediante el correspondiente acuerdo motivado.[51]

49. Ver los párrafos 22 y 28 de la Comunicación sobre Terminación Convencional.

50. Ver el párrafo 19 de la Comunicación sobre Terminación Convencional.

51. Ver el párrafo 30 de la Comunicación sobre Terminación Convencional.

A la hora de tomar esta decisión, la Dirección de Investigación tiene en cuenta una serie de criterios, que se han hecho públicos en la Comunicación sobre Terminación Convencional, para aumentar la previsibilidad y transparencia de las decisiones de la CNC.[52]

En primer lugar, la Dirección de Investigación tiene en cuenta que la terminación convencional permita un ahorro de trámites de instrucción y acortar los plazos de resolución del expediente, a fin de posibilitar una rápida implementación de los remedios que ponen fin a la situación de restricción de la competencia detectada.

En relación con este punto, cabe señalar que este fue uno de los más polémicos durante la consulta pública del borrador de Comunicación sobre Terminación Convencional que se produjo en julio de 2011, porque muchas de las aportaciones coincidían en que con este criterio se iba contra lo establecido en el artículo 52.3 de la Ley 15/2007, y no se daba margen suficiente para preparar las solicitudes de inicio de la terminación convencional a la vista de la posición de la Dirección de Investigación recogida en el Pliego de Concreción de Hechos. Sin embargo, la CNC se ratificó en que era necesario establecer estos criterios dentro de su margen de apreciación de las solicitudes de terminación convencional, a fin de garantizar un uso eficiente de esta figura y la consecución de los objetivos que la CNC persigue con la terminación convencional.

En segundo lugar, de cara a admitir una solicitud de inicio, la Dirección de Investigación tiene en cuenta cómo se produce y qué contenido tiene la solicitud de inicio de la terminación convencional. Así, es más fácil que una solicitud se admita si han existido contactos previos con la Dirección de Investigación y si incluye las líneas generales de los compromisos que el presunto infractor estaría dispuesto a presentar, así como una justificación de por qué estos compromisos se consideran adecuados y suficientes para posibilitar la terminación convencional del expediente sancionador.

Por último, la CNC ha hecho públicos una serie de criterios sustantivos, en los que se recogen determinadas tipologías de casos (cárteles, conductas que se agotan en sí mismas, efectos sobre los mercados de las conductas investigadas significativos y duraderos, reincidencia, etc.), para los que en principio nunca es admisible la terminación convencional, porque en estos casos nunca existirían compromisos suficientes que resolvieran los efectos sobre la competencia de las conductas investigadas.

El acuerdo de denegación de la Dirección de Investigación ha de motivarse,[53] si bien y como ha puesto de manifiesto el Consejo de la CNC, el mismo no es en

52. Ver los párrafos de 20 a 24 de la Comunicación sobre Terminación Convencional.

53. Algunos ejemplos en este sentido se produjeron en los expedientes sancionadores S/0297/11–AGEDI/AIE; S/0220/10–SGAE, S/0232/10–PRISA/Zeta, S/0208/09–AISGE cines, S/0094/08–Asociación empresarial menorquina alquiler Coches sin conductor; S/0105/08–Corral de las flamencas, S/0106/08–Almacenes Hierro, S/0044/08–Propollo.

principio susceptible de recurso, al no cumplir los requisitos del artículo 47 LDC, esto es, que produzca indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos.[54]

Así, en opinión del Consejo de la CNC:

— La negativa a la terminación convencional debe considerarse un trámite dentro del procedimiento de infracción que continuará su tramitación con el habitual respeto a todas las garantías procesales y, en consecuencia, no puede considerarse como un acto administrativo generador de indefensión.[55]
— «como señala el Tribunal Supremo, recurso 6456/2002, tratándose de actos administrativos, la protección inherente al derecho fundamental reconocido en el artículo 24 CE solo opera en relación a los que tengan un contenido sancionador y solo podrá ser invocada respecto a actos definitivos, y que por esta razón tengan en sí mismos un efectivo contenido sancionador».
— Respecto al *perjuicio irreparable*: no siendo la terminación convencional una obligación sino una potestad de la CNC, delimitada por la propia Ley por una doble condición, la capacidad para solventar los problemas de competencia y la seguridad del interés público, la negativa a iniciarla o a adoptarla no puede considerarse como generadora de perjuicios irreparables.

En todo caso, en algunos supuestos el Consejo de la CNC ha entrado a valorar el fondo de los recursos interpuestos contra las negativas de inicio de la terminación convencional,[56] en los que ha señalado que de cara a adoptar la decisión de si se inician las actuaciones tendentes a la terminación convencional, la Dirección de Investigación debe analizar tanto si los posibles compromisos pueden resolver los problemas de competencia planteados, como si con la terminación convencional el interés público queda suficientemente garantizado.

En este sentido, el Consejo de la CNC ha señalado que la normativa de defensa de la competencia únicamente reconoce un derecho a solicitar la terminación convencional, y no a que se termine convencionalmente un procedimiento, por lo

54. R/0070/03, de 10 de marzo de 2004, Cercasa; R/0229/09 de 10 de diciembre de 2009, Ecovidrio.

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

56. Ver Resoluciones del Consejo de la CNC de 30 de junio de 2011 (Expediente R/0071/11–AISGE 2) y de 4 de julio de 2011 (Expediente R/0072/11–PRISA/Zeta).

que no se puede apreciar una correlativa obligación de la CNC a concluir de esta forma un procedimiento por el mero hecho de solicitarse.

En los supuestos en los que la Dirección de Investigación adopta un acuerdo de inicio del procedimiento de terminación convencional, este ha de indicar si se suspende o no el plazo máximo del procedimiento principal (suspensión que se suele aplicar por defecto[57]) y el plazo que tiene el solicitante para presentar la propuesta de compromisos, plazo que no podrá ser en ningún caso superior a tres meses. Asimismo, este acuerdo se notifica a todos los interesados en el expediente.

Aunque el plazo de resolución del expediente se encuentre suspendido y a pesar de que el procedimiento de terminación convencional no tenga un plazo máximo de resolución establecido por el legislador, esto no significa que este procedimiento de terminación convencional se pueda dilatar eternamente en el tiempo. De hecho, en el espíritu de la Ley 15/2007 está también la vocación de utilizar este instrumento para lograr acuerdos que reduzcan el plazo de tramitación de los expedientes sancionadores, en beneficio tanto de las empresas implicadas como de la propia eficacia administrativa.

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

En todo caso, la Comunicación sobre Terminación Convencional ha definido con carácter general los plazos que se fijarán para presentar la primera propuesta de compromisos (15 días), para presentar alegaciones a esta primera propuesta por las demás partes del expediente (10 días) y para presentar, en su caso, la segunda propuesta de compromisos (10 días).

Como se ha indicado anteriormente, la decisión de iniciar las actuaciones tendentes a la terminación convencional tras haberse recibido una solicitud formal, así como la decisión de elevar al Consejo de la CNC una propuesta de terminación convencional una vez abierto el procedimiento, corresponden a la Dirección de Investigación, sin que ni las partes ni el Consejo de la CNC puedan compeler o forzar a la Dirección de Investigación para su empleo.

Además, la apertura del procedimiento de terminación convencional no puede prejuzgar la elevación de una propuesta de terminación convencional al Consejo de la CNC ni impide la continuación del expediente sancionador si la Dirección de Investigación estima que los compromisos finalmente presentados

57. Ver el párrafo 31 de la Comunicación sobre Terminación Convencional.

no son proporcionados o suficientes para resolver los efectos sobre la competencia de las conductas investigadas, garantizando el interés público.[58]

Todo ello sin perjuicio que en la posterior fase de resolución del expediente sancionador, el solicitante pueda suscitar el no inicio del procedimiento de terminación convencional o la no aceptación de los compromisos finalmente presentados ante el Consejo de la CNC, para que resuelva lo que estime conveniente.

Una vez recibida la primera propuesta formal de compromisos, que debe identificar los compromisos que se presentan, las partes sometidas a los mismos, su ámbito territorial de aplicación, los plazos de implementación de los mismos y su periodo de vigencia, la Dirección de Investigación la trasladará al Consejo de la CNC para conocimiento, y al resto de interesados en el expediente, para que estos últimos presenten las alegaciones que estimen oportunas.[59]

De cara a posibilitar este trámite de alegaciones, la CNC ha señalado que es muy importante que la propuesta de compromisos venga acompañada, en su caso, de una versión no confidencial, motivando punto por punto la confidencialidad solicitada.[60]

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

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

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

Asimismo, durante esta etapa la Dirección de Investigación puede solicitar a la parte que ha presentado compromisos cuantas aclaraciones o modificaciones estime necesarias en relación con los mismos.[61] De esta manera, la Dirección de Investigación dispone de un margen de flexibilidad para solicitar la modificación de los compromisos, sin necesidad de pronunciarse formalmente sobre la adecua-

58. Ver el párrafo 33 de la Comunicación sobre Terminación Convencional.

59. Ver los párrafos 34 y 36 de la Comunicación sobre Terminación Convencional.

60. Ver el párrafo 35 de la Comunicación sobre Terminación Convencional.

61. Ver el párrafo 39 de la Comunicación sobre Terminación Convencional.

ción de los mismos, lo que evita la desestimación de los mismos por haberse agotado las dos propuestas formales de compromisos que el artículo 39 del RDC contempla.

Si la primera propuesta formal de compromisos se considera adecuada y aceptada por la Dirección de Investigación, se procede a elaborar la propuesta de terminación convencional y elevarla, junto con el expediente, al Consejo de la CNC, para su resolución.[62]

Si por el contrario, la primera propuesta de compromisos no es considerada suficiente por la Dirección de Investigación, esta adoptará un Acuerdo mediante el cual se pondrá de manifiesto este hecho, indicando las causas y deficiencias que se consideren y dando un plazo para la presentación de nuevos compromisos que resuelvan los problemas detectados.[63]

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

La segunda propuesta de compromisos, al igual que la primera, se trasladará al Consejo de la CNC para su conocimiento.

En caso de no presentación formal de la primera y la segunda propuesta de compromisos dentro de los plazos establecidos por la Dirección de Investigación, o si la segunda propuesta de compromisos es considerada insuficiente por la Dirección de Investigación,[64] se entenderá por desistida a la solicitante de terminación convencional y se continuará con la instrucción del procedimiento sancionador.

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

Una vez presentada la segunda propuesta formal de compromisos, en principio, no sería posible presentar nuevos compromisos. No obstante, discrecionalmente y al igual que con la primera propuesta de compromisos, la Dirección de Investigación podría solicitar cuantas aclaraciones o modificaciones estime necesarias en relación con los mismos, siempre que entendiera que continúa siendo viable la obtención de unos compromisos suficientes.

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

62. Ver el párrafo 40 de la Comunicación sobre Terminación Convencional.

63. Ver los párrafos 41 y 42 de la Comunicación sobre Terminación Convencional.

64. Este ha sido el caso en el expediente S/0006/07–Fútbol.

sancionador, salvaguardándose suficientemente el interés público, se procederá a elaborar la propuesta de finalización del expediente sancionador mediante terminación convencional, que habrá de ser elevada al Consejo de la CNC para su resolución.

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

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

De este modo, la propuesta que la Dirección de Investigación eleve al Consejo de la CNC debe contener un somero análisis de la denuncia o de la información que ha motivado la incoación del expediente, así como de las partes interesadas en el mismo, centrándose sobre todo en realizar una relación detallada de los hechos y los efectos sobre la competencia de las conductas investigadas.

Como es lógico, en esta propuesta se ha de realizar un análisis exhaustivo de los compromisos y de cómo estos solucionan los problemas que las conductas objeto del expediente estaban causando sobre la competencia.

En particular, en esta propuesta de terminación convencional la Dirección de Investigación debe explicar por qué considera que los compromisos resuelven los problemas de competencia y garantizan suficientemente el interés público. Dependiendo del caso, puede que esta propuesta también deba analizar las alegaciones de terceros interesados, valorándose en su caso, la aceptación o rechazo de las mismas.

Por último, la Dirección de Investigación debe explicar al Consejo de la CNC, concretamente, cuáles son el objeto y el alcance de los compromisos, así como su ámbito personal, territorial y temporal, especificando de manera clara quiénes están obligados a cumplirlos. Esto implica que no necesariamente todos los compromisos presentados por las partes deben ser automáticamente asumidos por la CNC, en la medida que algunos de ellos podrían no ser incluidos por la Dirección de Investigación en su propuesta si entiende que los mismos no son necesarios para posibilitar la terminación convencional.

Todo ello resultará sumamente importante de cara a poder establecer un régimen de vigilancia eficaz, lo más sencillo posible de ejecutar, y que haga fácil com-

probar el cumplimiento de los compromisos por la Dirección de Investigación en el marco de las funciones de vigilancia que tiene asignadas.[65]

Si bien la Dirección de Investigación es la única con competencias para decidir si inicia o no el procedimiento de terminación convencional, el Consejo de la CNC, como órgano de resolución de todos los procedimientos, es el órgano de decisión final en relación con la terminación convencional, pudiendo aceptar los compromisos propuestos (total o parcialmente) o no aceptarlos por considerarlos insuficientes o no adecuados para resolver los problemas detectados. En este último caso, el Consejo de la CNC instaría a la Dirección de Investigación la continuación del procedimiento sancionador.

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

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

Por el contrario, elevada la propuesta de terminación convencional al Consejo de la CNC, junto con el expediente e informada la Comisión Europea en el caso de que el expediente hubiera sido incoado también por infracción del Tratadado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE),[66] el Consejo de la CNC podrá resolver el expediente sancionador por terminación convencional si estima adecuados los compromisos presentados, debiendo esta Resolución recoger el contenido mínimo establecido en el artículo 39.6 del RDC.

De cara a determinar si los compromisos presentados son aceptables, la Comunicación sobre Terminación Convencional ha establecido una serie de criterios que deben respetar los compromisos:[67]

— Que resuelvan de manera clara e inequívoca los problemas de competencia detectados.
— Que puedan implementarse de manera rápida y efectiva.
— Que la vigilancia de los mismos sea viable y eficaz.

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

66. De acuerdo con lo previsto en el artículo 11.4 del Reglamento 1/2003. Ver el párrafo 45 de la Comunicación sobre Terminación Convencional.

67. Ver el párrafo 24 de la Comunicación sobre Terminación Convencional.

Finalmente, cabe señalar que por el momento, el Consejo de la CNC ha considerado adecuadas y ha aceptado todas las propuestas de terminación convencional que le han sido elevadas por la Dirección de Investigación. Así ha ocurrido en los expedientes 2697–CEPSA,[68] 2738–Galp Energía,[69] 2800–Signus,[70] S/0002/07–Consejo Superior de Arquitectos de España,[71] S/0012/07–Puerto de Barcelona,[72] S/0020/07–Trío Plus,[73] S/0076/07–Convenio Contact Center, S/0077/07–Convenio seguridad,[74] S/0096/08 FNMT,[75] S/0127/09 Procuradores,[76] S/0156/09–AISGE,[77] S/0189/09–Consejo General de Colegios Oficiales de Aparejadores y Arquitectos Técnicos,[78] S/0162/09–Semillas de girasol,[79] S/0203/09–COAPI,[80] S/0235/10–FEMP/Consejos Superiores,[81] S/0245/10–Antena 3/Veo/Disney,[82] S/0246/10–Vocento/Godó,[83] S/0255/10–Puntos servicio E.ON,[84] S/0302/10–Orona/Omega[85] y S/0338/11–Subaru.[86]

Los compromisos aprobados por el Consejo de la CNC son vinculantes y surten plenos efectos desde su incorporación a la Resolución.[87] Esto implica que una vez resuelto el expediente por el Consejo se inicia de manera automática el correspondiente expediente de vigilancia de su ejecución por parte de la Dirección de Investigación, en el marco del cual se procede a comprobar la ejecución real de los compromisos, tal y como hayan sido aprobados, informando de manera puntual e inmediata al Consejo de la CNC de todo posible incumplimiento.

68. Resolución del Consejo de la CNC de 29 de julio de 2009, 2697/06 CEPSA.
69. Resolución del Consejo de la CNC de 6 de abril de 2011, 2738/06 Galp Energía.
70. Resolución del Consejo de la CNC de 20 de mayo de 2010, 2800/07 Signus Ecovalor.
71. Resolución del Consejo de la CNC de 29 de noviembre de 2010, S/0002/07–Consejo Superior de Arquitectos de España.
72. Resolución del Consejo de la CNC de 17 de marzo de 2011, S/0012/07–Puerto de Barcelona.
73. Resolución del Consejo de la CNC de 28 de enero de 2010, S/0020/07–Trío plus.
74. Resolución del Consejo de la CNC de 17 de marzo de 2009, S/0077/08–Convenio seguridad.
75. Resolución del Consejo de la CNC de 24 de enero de 2011, S/0096/08–FNMT.
76. Resolución del Consejo de la CNC de 20 de mayo de 2010, S/0127/09–Procuradores.
77. Resolución del Consejo de la CNC de 23 de marzo de 2011, S/0156/09–AISGE.
78. Resolución del Consejo de la CNC de 28 de julio de 2010, S/0189/09–Consejo General de Colegios Oficiales de Aparejadores y Arquitectos Técnicos.
79. Resolución del Consejo de la CNC de 13 de septiembre de 2010, S/162/09–Semillas de girasol.
80. Resolución del Consejo de la CNC de 22 de diciembre de 2010, S/0203/09–Colegio de Agentes de la Propiedad Industrial.
81. Resolución del Consejo de la CNC de 28 de diciembre de 2011, S/0235/10–Convenios FEMP/Consejos Generales de Colegios Profesionales.
82. Resolución del Consejo de la CNC de 30 de junio de 2011, S/0245/10–Antena 3/Veo/Disney.
83. Resolución del Consejo de la CNC de 30 de junio de 2011, S/0246/10 Vocento/Godó.
84. Resolución del Consejo de la CNC de 30 de noviembre de 2010, S/0255/10–Puntos servicio E.ON.
85. Resolución del Consejo de la CNC de 22 de noviembre de 2011, S/0302/10–Orona/Omega.
86. Resolución del Consejo de la CNC de 31 de agosto de 2012, S/0338/11–Subaru.
87. Artículo 52 de la Ley 15/2007.

Si se produjese un incumplimiento, el mismo tiene la consideración de infracción muy grave de acuerdo con lo establecido en el artículo 62.4.c) de la Ley 15/2007, pudiendo el Consejo de la CNC imponer la correspondiente multa coercitiva al objeto de obligar a su cumplimiento, de acuerdo con lo establecido en el artículo 67 de la Ley 15/2007, e incluso, instar a la Dirección de Investigación a incoar el correspondiente expediente sancionador por infracción de los artículos 1, 2 o 3 de la Ley 15/2007 contra las mismas conductas que fueron objeto de la terminación convencional.[88]

La agilidad que ha supuesto el procedimiento de terminación convencional como medida eficaz y finalizadora del procedimiento sancionador en materia de defensa de la competencia ha quedado patente en la práctica, ya que en la mayor parte de los expedientes finalizados a través de esta vía, el plazo temporal que media entre el inicio de la terminación convencional y la Resolución del Consejo de la CNC no ha excedido de los 6 meses.

5. Conclusiones

La Ley 15/2007, flexibilizando el procedimiento de terminación convencional, ha facilitado a la autoridad de defensa de la competencia española, la CNC, un instrumento de gran utilidad a la hora de finalizar determinados expedientes sancionadores.

Desde su entrada en vigor el 1 de septiembre de 2007 hasta el 30 de septiembre de 2012, se han solicitado formalmente el inicio de las actuaciones tendentes a la terminación convencional en 47 expedientes, dentro de los cuales la Dirección de Investigación ha denegado esta posibilidad en 21 ocasiones, al considerar que se trataba de conductas que ya habían causado efectos negativos irreversibles sobre la competencia y, por tanto, daños que no podían ser compensados por los posibles compromisos susceptibles de ser presentados, ambos requisitos imprescindibles para proceder a iniciar el procedimiento de terminación convencional.

Las solicitudes en los 26 expedientes restantes han dado lugar a la apertura del procedimiento de terminación convencional correspondiente. A fecha de hoy, 20 han sido resueltas por el Consejo de la CNC, todas ellas aceptando la propuesta de la Dirección de Investigación; cuatro han sido cerradas por desistimiento (una de ellas por no haberse presentado los compromisos en tiempo y las otras tres por no ser considerados suficientes por la Dirección de Investigación), mientras que las dos restantes se encuentran en fase de tramitación.

La práctica de estos años indica que no se trata de un procedimiento sencillo, ni para la autoridad ni para las partes implicadas. Así, las dificultades son grandes

88. Ver el párrafo 50 de la Comunicación sobre Terminación Convencional.

y, sobre todo, diversas, ya que no existe una terminación convencional igual que otra, sino tantos tipos como negociaciones se inicien.

El abanico de tipologías de casos y de posibles compromisos es casi infinito, dependiendo no solo de la conducta en sí, sino también de otras variables, como la peculiar configuración o el funcionamiento de un sector, los precedentes comunitarios o de otras autoridades europeas en la implementación práctica de compromisos similares; e, incluso, puede variar en función de factores subjetivos, como la mejor o peor predisposición de la empresa imputada o de su conocimiento sobre el propio procedimiento.

Por tanto, el tiempo y los recursos que, tanto las empresas como la CNC, deben dedicar a estas negociaciones es cada vez más importante, incrementándose en aquellos expedientes de mayor complejidad, en los que resulta más difícil o laborioso definir unos compromisos adecuados, proporcionados y susceptibles de ser eficazmente vigilados en su cumplimiento.

No obstante sus diferencias, algo que sí debe ser común a todas las terminaciones convencionales es el objetivo que las guía: restablecer en el mínimo de plazo posible las condiciones de competencia en el mercado afectado por la conducta objeto del expediente. Y esto debe llevar aparejado, indefectiblemente, el reducir al máximo el tiempo que se emplea en su tramitación para hacer de la terminación convencional una verdadera y eficaz herramienta. En este sentido, la CNC tiende a ser más exigente, no solo con los presuntos infractores sino, también, en sus propios plazos internos de negociación y valoración de los compromisos.[89]

Dada la novedad de este instrumento en su actual definición, la CNC ha tratado a través de la Comunicación sobre Terminación Convencional de clarificar tanto los objetivos que se persiguen con esta figura, como los criterios formales y sustantivos que se utilizan para acordar el inicio del procedimiento y para valorar los compromisos presentados, procedimiento que ha detallado de forma también exhaustiva.

De esta forma, se ha incrementado la previsibilidad y transparencia de las actuaciones de la CNC en la utilización de esta figura, lo que se espera ayude a aumentar la seguridad jurídica de todas las partes de los expedientes sancionadores, a reducir el número de peticiones de terminación convencional rechazadas, y a evitar un uso indebido de este instrumento.

89. De media, en las 20 terminaciones convencionales aceptadas por la CNC, el plazo máximo que contempla la Ley 15/2007 para la resolución de expedientes sancionadores se ha visto reducido en 4 meses.

ANEXO I

Tabla de diferencias entre la Ley 16/1989 y la Ley 15/2007 en terminación convencional

	Ley 16/1989	Ley 15/2007
Solicitud inicio TC	Servicio/Interesados	Supuesto infractor
Momento solicitud	Antes PCH	Antes Informe con propuesta
Acuerdo inicio TC	Servicio	Dirección
Propuesta del acuerdo/ compromisos	Servicio/Interesados	Supuesto infractor
Adopción acuerdo TC	Servicio y todos los interesados	Consejo mediante resolución
Trámites	Sin límite	1.º y 2.º compromisos
Plazo	Ninguno	Hasta tres meses para 1.ºs compromisos (15 días según Comunicación)

ANEXO II

Expedientes finalizados por terminación convencional desde la entrada en vigor de la LDC

Dejando al margen los tres acuerdos de terminación convencional suscritos bajo la Ley 16/1989, a continuación se recoge una exposición sucinta de los 20 casos en los que la CNC ha finalizado un expediente sancionador mediante terminación convencional en aplicación de la Ley 15/2007.

1. Expediente S/0076/08–Convenio Contact Center

La Dirección de Investigación decidió iniciar de oficio expediente sancionador contra la asociación empresarial ACE (Asociación de Contact Center Española) y las organizaciones sindicales COMFIA-CCOO (Federación de Servicios Administrativos y Financieros de Comisiones Obreras) y FES-UGT (Federación de Servicios de la Unión General de Trabajadores) por haber encontrado indicios racionales de la comisión de una infracción del artículo 1.1.a) de la Ley 15/2007, consistente en incluir a través del artículo 55 del Convenio un acuerdo para la fijación de forma directa o indirecta de precios en los mercados de los variados servicios de contact center, regulando el beneficio empresarial y produciendo efectos distorsionadores de la competencia en precios en este ámbito.

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

Lo anterior viene reforzado por compromisos adicionales, al obligarse las partes a comunicar a sus asociados el contenido de la Resolución de la CNC, así como al comprometerse a indicar a las autoridades laborales, en el momento de la presentación de los convenios para su registro y publicación, que tales convenios no contienen ninguna cláusula contraria a la Ley 15/2007, debiendo remitir a la CNC copia de las modificaciones del Convenio y de los convenios posteriores que lo sustituyan.

2. Expediente S/0077/08–Convenio de seguridad

En este caso la Dirección de Investigación decidió iniciar expediente de oficio contra APROSER (Asociación Profesional de Compañías Privadas de Servicios de Seguridad de España), FES (Federación Empresarial Española de Seguridad), AMPES (Asociación de Medios, Profesionales y Empresas de Seguridad) y ACAES (Asociación Catalana de Empresas de Seguridad) y las organizaciones sindicales UGT (Unión General de Trabajadores), USO (Unión Sindical Obrera) por haber encontrado indicios racionales de la comisión de una infracción del artículo 1.1.a) de la Ley 15/2007, consistente en incluir a través del artículo 74 del Convenio de empresas de seguridad un acuerdo para la fijación de forma directa o indirecta de precios de los servicios de seguridad privada.

El Consejo de la CNC, a propuesta de la Dirección de Investigación, aprobó los compromisos por considerarlos suficientes, quedando obligadas a su cumplimiento todas las partes que habían suscrito el Convenio analizado, tanto en lo que se refiere a la inaplicación del artículo 74 de dicho Convenio como en lo que se refiere a los convenios que suscriban en el futuro.

Para garantizar el cumplimiento de los compromisos, se obliga a las partes a comunicar a sus asociados el contenido del acuerdo de terminación convencional y a comunicar a las autoridades laborales, en el momento de la presentación de los convenios para su registro y publicación, que tales convenios no contienen ninguna cláusula contraria a la Ley 15/2007.

Al objeto de facilitar las funciones de vigilancia del cumplimiento de los compromisos, las partes deben remitir a la CNC copia de las modificaciones del Convenio y de los convenios posteriores que lo sustituyan.

3. Expediente 2697/06–CEPSA

El expediente trae causa de la denuncia presentada por la Confederacion Española de Estaciones de Servicio (CEES) contra CEPSA Estaciones de Servicio, S. A (CEPSA) por la duración de los pactos de no competencia incluidos en los contratos de suministro en exclusiva suscritos con distintas Estaciones de Servicio, duración que no gozaría de la exención del Reglamento 2790/1999 y que podría constituir una infracción de los artículos 1 de la Ley 15/2007 y 101 del TFUE dadas las características del mercado en que se inscriben dichos contratos.

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

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

Los compromisos finalmente aprobados pueden resumirse en que CEPSA se compromete a:

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

Para la CNC estos compromisos garantizan de forma suficiente las condiciones necesarias para solucionar razonablemente el potencial efecto de cierre en el mercado de la distribución de combustibles y carburantes derivado de la duración actual de las exclusivas de suministro de los contratos investigados en el presente expediente.

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

Es también de destacar el límite de vigencia de los compromisos, concretamente hasta el 31 de diciembre de 2012, sin perjuicio del derecho a concluir el proceso de adquisición de quienes hubieren ejercitado el derecho de opción de rescate con anterioridad a dicha fecha.

Esta resolución de terminación convencional ha sido objeto de tres recursos, por parte de tres denunciantes.

4. Expediente S/0020/07–Trío Plus

Este expediente fue iniciado de oficio por la Dirección de Investigación al conocer los acuerdos suscritos por, un lado, por Sogecable con Telefónica para la adquisición conjunta de contenidos para televisión de pago y la comercialización conjunta de un oferta de *triple play* (teléfono fijo+banda ancha de Telefónica y televisión de pago de Sogecable).

Posteriormente la investigación se amplió a los contratos de comercialización conjunta de Sogecable con Orange y Vodafone.

Estos acuerdos podían tener efectos restrictivos de la competencia en el mercado de la televisión de pago, al reducir la capacidad de incentivo de Telefónica y Orange a competir en este mercado con Sogecable, y al desincentivar la entrada de Vodafone en el mismo.

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

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

5. Expediente S/0127/09–Procuradores

El expediente se inició por la Dirección de Investigación como consecuencia de la denuncia de un Procurador contra el Consejo General de Procuradores de los Tribunales de España por la realización de una conducta prohibida por el artículo 1 de la Ley 15/2007, consistente en condicionar la sustitución de procuradores a la previa satisfacción de los suplidos y derechos devengados al tiempo de la sustitución.

La Dirección de Investigación consideró que la simple supresión de este régimen de sustitución en el actual Estatuto General, junto con el compromiso de no incluirlo en el proyecto del nuevo Estatuto General en tramitación, resuelven los

efectos sobre la competencia de una manera rápida y eficaz, al restituir de manera inmediata las condiciones de competencia y quedando, por tanto, suficientemente garantizado el interés público.

El Consejo de la CNC, además, y a los efectos de dar la publicidad necesaria, consideró adecuado imponer al Consejo General de Procuradores de los Tribunales de España que comunicase su resolución de terminación convencional a todos sus colegios territoriales de Procuradores miembros para que, a su vez, cada uno de ellos lo hiciese llegar a sus colegiados.

6. Expediente 2800/07–Signus Ecovalor y Fabricantes Neumáticos

El expediente se inició por denuncia de la Asociación Nacional de Importadores de Neumáticos (ASIMNE), contra Neumáticos Michelín, S. A.; Goodyear Dunlop Tires España, S. A.; Pirelli Neumáticos, S. A.; Bridgestone Hispania, S. A.; Continental Tires España, S. L., y Signus Ecovalor, S. L. (Sistemas Integrados de Gestión (SIG) de neumáticos fuera de uso).

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

En la terminación convencional, Signus asume el compromiso de que la información y documentación necesaria para acreditar la declaración del solicitante de la devolución, en ningún caso sea entregada por el solicitante a Signus, sino a un tercero independiente que será el encargado de la comprobación de estos datos, de tal forma que quede plenamente garantizada la confidencialidad y estanqueidad de la información aportada.

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

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

Para garantizar el cumplimiento de los compromisos y permitir su vigilancia por parte de la CNC, Signus debía comunicar el contenido del Acuerdo de Terminación Convencional a todos los potenciales solicitantes de devoluciones por rexpedición de neumáticos al extranjero.

La CNC consideró que con estos compromisos se evitan discriminaciones entre asociados y no asociados de Signus, al tiempo que se dificulta que Signus

se convierta en un foro de intercambio ilícito de información que pueda afectar a la competencia en los mercados de fabricación y reciclaje de neumáticos.

7. Expediente S/0189/09–Consejo General de Colegios Profesionales de Aparejadores y Arquitectos Técnicos

Este expediente se inició de oficio por la Dirección de Investigación contra el Consejo General de Colegios Oficiales de Aparejadores y Arquitectos Técnicos, por recomendar un modelo de Reglamento de Registro Colegial de Sociedades Profesionales a los Colegios miembros que podía obstaculizar de forma injustificada la prestación de servicio por las sociedades profesionales, al exigirles requisitos excesivos y discriminatorios respecto de los exigidos a los profesionales individuales.

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

8. Expediente S/0162/09–Semillas de girasol

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

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

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

9. Expediente S/0002/07–Consejo Superior Arquitectos de España

Este expediente se inició de oficio por la Dirección de Investigación contra el Consejo Superior de los Colegios de Arquitectos de España, por la realización de

una conducta prohibida por el artículo 1 de la Ley 15/2007, consistente en la adopción por el Pleno del Consejo Superior de Colegios de Arquitectos de España de un acuerdo para limitar la utilización de los estudios de seguridad y salud elaborados por profesionales distintos de arquitectos y arquitectos técnicos, mediante la denegación del visado al proyecto de edificación en cuestión.

El Consejo Superior de Colegios de Arquitectos de España se comprometió a revocar y dejar sin efecto el citado acuerdo y a sustituirlo por uno que no restringiese la elaboración de estudios de seguridad y salud por profesionales cualificados.

10. Expediente S/0255/10–Puntos servicio E.ON

Este expediente tiene su origen en una denuncia presentada por el Presidente de la Federación Nacional de Empresarios de Instalaciones Eléctricas y Telecomunicaciones de España (FENIE) contra E.On Distribución, y se incoó por un posible abuso de posición de dominio de la distribuidora de cara a la ejecución de las instalaciones eléctricas, al utilizar su posición de privilegio de cara a determinadas gestiones de atención al cliente (a través de Puntos de Servicio) y de carácter técnico.

Este expediente fue inicialmente incoado bajo el número S/0003/07. No obstante, tras solicitar E.On Distribución la terminación convencional del expediente, la Dirección de Investigación valoró que con respecto a la conducta relacionada con los Puntos de Servicio, podrían existir compromisos adecuados para resolver los efectos anticompetitivos derivados de la misma que garantizasen el interés público. Por ello, se procedió a desglosar las conductas relacionadas con los Puntos de Servicio del Expediente S/0003/07, dando lugar al nuevo Expediente S/0255/10, y se procedió a acordar el inicio de las actuaciones tendentes a la terminación convencional.

Los compromisos finalmente aceptados por la CNC separan completamente las actividades que un Punto de Servicio realiza para la distribuidora de las que realizaba para la comercializadora, y limitan el contacto entre el Punto de Servicio técnico y el cliente final, dando a conocer al cliente de manera clara la posibilidad de realizar las instalaciones con cualquier instalador eléctrico.

11. Expediente S/0203/09–Colegio Agentes Propiedad Industrial

El expediente se inició por la Dirección de Investigación como consecuencia de la denuncia de un Agente de Propiedad Industrial contra el Colegio Oficial de Agentes de la Propiedad Industrial (COAPI) por la realización de una conducta prohibida por el artículo 1 de la Ley 15/2007, consistente en limitar la publicidad y la concurrencia entre Agentes de la Propiedad Industrial, a través de un código de conducta que prohíbe «dirigirse a un potencial cliente haciendo mención de expedientes de este que estén siendo llevados por otros compañeros o que pueda pre-

sumirse que lo estén». Asimismo, COAPI había hecho efectiva esta prohibición a través de la apertura de expedientes sancionadores contra el denunciante por haber remitido una serie de cartas a varias empresas ofreciendo sus servicios para la renovación de sus marcas.

En el marco de los compromisos de la terminación convencional que fueron considerados suficientes por la CNC, COAPI se comprometió a cerrar los expedientes sancionadores abiertos al denunciante y a modificar su código de conducta, de tal manera que en las actividades de captación de clientes, solo se prohibirá la denigración de las actividades que este realizando un Agente de Propiedad Industrial, y no la simple mención a los asuntos que puedan ser llevados por este.

12. Expediente S/0096/08–FNMT

Este expediente fue incoado contra la Fábrica Nacional de la Moneda y Timbre (FNMT), tras una denuncia presentada por un competidor, por una posible conducta restrictiva de la competencia, consistente en la negativa injustificada de la FNMT a satisfacer la demanda de prestación de un servicio mayorista de validación de certificados electrónicos emitidos por la FNMT, que permitiera la reventa a terceros de dichos servicios de validación.

Los compromisos de la FNMT finalmente aceptados por la CNC van dirigidos a crear un sistema de servicios mayoristas de validación de los certificados de la FNMT, y a establecer un régimen de precios mayoristas que incluye un diferencial respecto a los precios minoristas.

Igualmente, la FNMT se ha comprometido a no adoptar medidas en relación con el precio minorista que impida el desarrollo del mercado mayorista de validación. Para ello deberá adoptar un modelo de contrato tipo y un sistema de precios minoristas para los servicios de validación de los certificados de la FNMT.

13. Expediente S/0012/07–Puerto de Barcelona

Este expediente sancionador fue incoado contra la Autoridad Portuaria de Barcelona y diversas asociaciones en el ámbito del puerto de Barcelona, en relación con el Plan de Reestructuración y Ordenación de Acceso del Transporte vinculado al Puerto de Barcelona (Proatrans). Dicho plan se originó a petición de algunas asociaciones de empresas y de transportistas autónomos de transporte por carretera de contenedores (ALTC y Transcont) con objeto de buscar soluciones a las necesidades operativas y de infraestructuras del sector de transporte de contenedores en el Puerto de Barcelona. En dicho plan se implicaron también otros organismos y agentes del sector, como cargadores, operadores del transporte, consignatarios, navieras, transitarios, empresas estibadoras, terminales marítimas interiores y asociaciones del sector.

Dentro de los acuerdos adoptados entre todos estos operadores económicos que desarrollan su actividad en el recinto portuario de Barcelona y en el marco de Proatrans, la CNC identificó determinados aspectos restrictivos de la competencia en relación con los criterios utilizados en el régimen de autorizaciones y de asignación de espacios, diseñados para que los transportistas pudiesen acceder a las instalaciones portuarias, que podían ser discriminatorios y generar barreras a la entrada injustificadas.

Los compromisos de la Autoridad Portuaria de Barcelona y del resto de operadores presentes en el Puerto de Barcelona finalmente aceptados por la CNC se centran en establecer unos requisitos para acceder al puerto (régimen de autorizaciones) y a las plazas de aparcamiento en igualdad de condiciones, desapareciendo por tanto los efectos discriminatorios contenidos en el antiguo plan.

14. Expediente S/0156/09–AISGE

Este expediente fue incoado contra AISGE, tras una denuncia de Sogecable, por la realización de supuestas conductas de abuso de posición dominante prohibidas por la Ley 15/2007, consistentes en imponer a Sogecable tarifas generales inequitativas y discriminatorias por la comunicación pública a través de las televisiones de obras y grabaciones audiovisuales en las que se encuentren fijadas actuaciones o interpretaciones.

Los compromisos de AISGE finalmente aceptados por la CNC establecen un sistema de cálculo de las tarifas generales de AISGE que tratan de aproximarse lo más posible al cálculo de la utilización efectiva por parte de cada usuario de un repertorio definido y conocido, y fijan unos criterios generales para valorar lo que la utilización de ese repertorio supone para cada uno de los diferentes operadores.

En orden a reforzar sus deberes de transparencia en relación con el repertorio de derechos gestionado, AISGE se compromete además a dar acceso a los usuarios a una base de datos informatizada que contenga la relación de titulares y de obras y grabaciones audiovisuales de su repertorio, la tipología de obras y grabaciones audiovisuales que incorporan prestaciones artísticas del repertorio de AISGE e información sobre los convenios suscritos con entidades extranjeras.

15. Expediente 2738/06–Galp Energía

Este expediente incoado contra GALP tras la denuncia de la Confederación Española de Estaciones de Servicio, por una supuesta infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007 y del artículo 101 del TFUE, por el mantenimiento de contratos de suministro que explícita o implícitamente contienen exclusivas de larga duración con distintas EESS de su red de distribución de carburantes.

Mediante los compromisos finalmente aceptados por la CNC en la terminación convencional, se persigue facilitar la salida al mercado de las EESS afectadas mediante una rescisión contractual anticipada, arbitrándose los mecanismos necesarios para la determinación de la contraprestación económica derivada de la citada rescisión anticipada y para el seguimiento y vigilancia del desarrollo del proceso.

16. Expediente S/0245/10–Antena 3/Veo/Disney

Este expediente fue incoado de oficio contra Antena 3 Televisión, S. A. (Antena 3); Atres Advertising S.L.U. (Atres —filial de Antena 3–); Veo Televisión, S. A. (Veo) y The Walt Disney Company Iberia, S. L. (Disney), por posibles prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por el artículo 1 de la Ley 15/2007, de cara a la comercialización conjunta de publicidad televisiva.

Los compromisos ofrecidos por las partes para la terminación convencional del expediente se refieren a la rescisión de sendos contratos, eliminando así la posibilidad de que Atres gestione la publicidad y acuerde los precios comerciales de Disney y Veo, suprimiendo también por tanto los efectos restrictivos de la competencia derivados de los mismos, que hasta ese momento habían sido mínimos.

Estos compromisos fueron ofrecidos por Disney y Veo, pero no fueron aceptados por Antena 3. No obstante, dada la configuración de los contratos, para implementar la rescisión de los contratos no era necesario el beneplácito de Antena 3.

17. Expediente S/0246/10–Vocento/Godó

Este expediente fue incoado de oficio contra la Corporación Vocento S. A. U.; Vocento, S. A.; Publipress Media, S. L. U. y Grupo Godó de Comunicación, S. A., por posibles prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por el artículo 1 de la Ley 15/2007, por la realización de acuerdos entre competidores relativos a la comercialización conjunta de espacios publicitarios en prensa escrita que contienen cláusulas de fijación de precios y descuentos.

Los compromisos finalmente aceptados por la CNC establecen la eliminación de la obligación de contratar conjuntamente la publicidad de los suplementos dominicales y de la obligación de hacerlo a una misma tarifa con idénticos descuentos. Así, tanto las tarifas como el precio final y los eventuales descuentos serán fijados por cada una de las partes para su suplemento correspondiente y cada parte establecerá su política comercial. A aquellos clientes que deseen adquirir el producto conjunto, se les aplicará la suma de los precios individuales decididos de forma autónoma por cada parte. Asimismo, se establecen mecanismos de funcionamiento del equipo de ventas conjunto, para evitar el trasvase de información comercial sensible entre ambos operadores.

18. Expediente S/0302/10–Orona/Omega

Este expediente fue incoado de oficio contra Orona, Sociedad Cooperativa (Orona) y Omega Elevator, S. A. (Omega), por posibles prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por el artículo 1 de la Ley 15/2007, consistentes en la existencia de un pacto de no competencia limitativo de la distribución y de las ventas en el mercado de fabricación y venta mayorista de apartados elevadores, que iban más allá de los necesarios para la realización de una operación de concentración relacionada con la venta de activos de Omega a Orona.

Los compromisos finalmente aceptados por la CNC limitaban los pactos de no competencia al ámbito comprendido por la concentración autorizada y permitían expresamente una serie de acciones publicitarias por parte de Omega dirigidas a operadores en el mercado mayorista, contribuyendo así a potenciar las ventas en este segmento.

19. Expediente S/0235/10–Convenios FEMP/Consejos Generales de Colegios Profesionales

Este expediente fue incoado contra la Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP), el Consejo Superior de Colegios de Arquitectos de España (CSCAE), el Consejo General de Aparejadores y Arquitectos Técnicos (CGAAT), el Consejo General de Colegios Oficiales de Ingenieros Industriales (CGCOII) y el Consejo General de Colegios Oficiales de Peritos e Ingenieros Técnicos Industriales (COGITI) por una posible infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, en relación con la firma o negociación por la FEMP con estos Consejos Generales de convenios para regular la prestación por parte de los Colegios Profesionales de una serie de servicios consistentes en la verificación normativa y documental que se podrían incorporar a la tramitación de licencias municipales. Del contenido de los convenios se deducía una recomendación para reservar de hecho la prestación de estos servicios a los colegios profesionales respectivos, excluyendo por tanto a cualquier otra entidad o colectivo.

Los compromisos finalmente aceptados por la CNC incluyen la rescisión de los convenios firmados y el compromiso de abstención de firmar convenios de este tipo en el futuro. Igualmente, la FEMP se ha comprometido a difundir el contenido de la terminación convencional y de los acuerdos adoptados en la asociación a todos sus asociados (ayuntamientos, diputaciones, consejos, cabildos y federaciones territoriales integradas en el Consejo Territorial).

20. Expediente S/0338/11–Subaru

Este expediente fue incoado contra Subaru y algunos de sus concesionarios oficiales, tras una denuncia de un operador que actúa como importador y revendedor

de vehículos adquiridos en otros países de la Unión Europea, por una posible infracción de los artículos 1 de la Ley 15/2007 y 101 del TFUE, derivada de los posibles acuerdos para no reconocer las garantías oficiales a los vehículos revendidos por el denunciante, de cara a excluirle del mercado.

En los compromisos finalmente aceptados por la CNC, Subaru se compromete a reconocer las garantías oficiales de vehículos Subaru, con independencia de su lugar de venta, y a implementar determinadas medidas para verificar la validez de las garantías que no estén dadas de alta en sus sistemas informáticos.

¿LA PIEDRA DE SÍSIFO O EL TEJIDO DE PENÉLOPE? IDAS Y VENIDAS DE LA NORMA DE LA UE PARA LA RECLAMACIÓN DE DAÑOS EN MATERIA DE COMPETENCIA

LUIS BERENGUER FUSTER
Expresidente de la Comisión Nacional de la Competencia

1. Introducción

El largo capítulo de sentencias de los Tribunales comunitarios,[1] que desde los primeros momentos admitieron que junto a la aplicación pública de las normas de la competencia cabía una aplicación privada —lo cual tuvo su traslación, primero, en una Comunicación[2] de la Comisión y, finalmente, en el texto del Reglamento 1/2003[3]— planteó en nuestro país un buen número de trabajos y estudios sobre el particular. En España, esencialmente por el contenido del precepto del artículo 13.2 de la Ley de Defensa de la Competencia de 1989, la aplicación privada no había sido habitual hasta la aprobación de la Ley 15/2007, de 3 de julio y, a partir de ese momento, tal aplicación privada de las normas de la competencia en nuestro país se insertó plenamente en la corriente europea.

1. La primera sentencia que suele citarse en la que se abre la puerta a la aplicación de las normas de competencia del Tratado por parte de jueces y magistrados de los Estados miembros en la Sentencia del Tribunal de Justicia Brasserie de Haecht/Wilkin-Jansen (de 6 de febrero de 1973, As. 48/72) continuando por la BRT/SABAM (STJCE de 30 de enero de 1974 As. 127/73).
2. Comunicación relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales nacionales para la aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CEEE (93/C 39/05) DOCE C 39 de 13 de febrero de 1993).
3. El Reglamento introdujo por primera vez en un texto normativo normas en las que se establecen, no ya la aplicación directa por los órganos jurisdiccionales de las normas de la competencia, sino los mecanismos, en lo esencial coincidentes con los previstos en la Comunicación de 1993, para la cooperación entre los órganos jurisdiccionales y las autoridades de la competencia. Como consecuencia de la aprobación de este Reglamento se aprobó en España la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal en la que se atribuyó a los Juzgados de lo Mercantil la aplicación privada de las normas comunitarias de la competencia. Durante un cierto tiempo existió en nuestro país una paradoja según la cual se podría aplicar privadamente el Derecho Comunitario de la Competencia pero no el nacional, pero tal paradoja tuvo su fin con la aprobación de la Ley 15/72007 y la derogación del artículo 13.2 de la Ley 16/1989 que había dado lugar a la sentencia CAMPSA y a una prolongada línea jurisprudencial en ella inspirada, hasta que en el año 2000, con la sentencia DISA, se abrió una corriente jurisprudencial opuesta.

Pero junto a la habitualmente denominada aplicación privada, referida preferentemente a la aplicación directa de las normas de la competencia por los órganos jurisdiccionales, existe la cuestión, en cierta medida relacionada con la anterior, relativa a la reparación de los daños y la indemnización de perjuicios causados por las conductas anticompetitivas, que, a pesar de todo, nadie había puesto en cuestión. Esta afirmación se evidencia si se recuerda que en el propio artículo 13.2 de la Ley de Defensa de la Competencia de 1989 se mencionaba la acción de resarcimiento de daños y perjuicios fundada en la ilicitud de las conductas anticompetitivas, y el precepto introducido en el número 3 del mismo artículo[4] preveía que el Tribunal de Defensa de la Competencia emitiría un informe sobre la procedencia y la cuantía de las indemnizaciones, cuando para ello fuera requerido por el órgano judicial correspondiente.

Al fin y al cabo estas disposiciones legales partían de una realidad incontrovertida: las conductas contrarias a la libre competencia causan un daño evidente al interés público y, por ello, son considerados ilícitas y pueden ser sancionadas. Pero al mismo tiempo tales ilícitos pueden producir lesiones a intereses privados y el ordenamiento jurídico debe ofrecer cauces para compensar los daños producidos en las economías privadas, sea de los proveedores, clientes, competidores o consumidores, por tales acciones ilícitas. Naturalmente el cauce para la obtención de esa compensación correspondía, si hablamos del escenario europeo, a los ordenamientos y cauces procesales nacionales y, lamentablemente, por múltiples razones, esencialmente derivadas del contenido de los ordenamientos de carácter procesal o por las dificultades de la cuantificación de los daños, no eran frecuentes, y por todos valga el ejemplo del caso español, los supuestos en los que los órganos jurisdiccionales condenaran a los autores de las conductas anticompetitivas a resarcir de los daños causados.

Llegado a este punto, es necesario acudir a la comparación entre los sistemas europeos y el americano de aplicación pública y aplicación privada del Derecho de la competencia, y poner de manifiesto, una vez más, un hecho que no por repetido deja de merecer ser recordado como fundamento del actual debate sobre la aplicación privada, especialmente referida a las indemnizaciones de daños y perjuicios. Y este hecho consiste en recordar que mientras en Europa resulta preferente la aplicación pública, esto es, la realizada por las agencias administrativas de competencia, en los EE. UU. prevalece la aplicación privada a la realizada por el Departamento de Justicia, si bien es cierto que existen indudables incentivos (como la condena a los daños triples) para ello. Y desde hace años está abierto en Europa el debate sobre la conveniencia de aceptar algunas de las experiencias más exitosas del derecho americano de la competencia en este campo.

Es cierto que determinadas sentencias del Tribunal de Justicia facilitaron el progreso del debate y en sentido favorable a la posibilidad de ejercitar acciones de

4. Artículo 13.3 de la Ley 16/1989, introducido por la Ley 52/1999, de 28 de diciembre.

daños y perjuicios.[5] Lógicamente me refiero, en primer lugar, a la sentencia Courage[6] que consideró que la plena eficacia del Tratado y el efecto útil de la norma contenida en el artículo 85.1 (actual artículo 101.1 del TFUE) quedarían afectados si no existiera la posibilidad de que el perjudicado por un acuerdo prohibido por ese precepto solicitara la reparación del daño causado y la correspondiente indemnización de perjuicios. Más recientemente, la sentencia Manfredi[7] insistió en que las normas nacionales no han de hacer imposible la reparación de los perjuicios causados por las infracciones en materia de competencia.

Estos pronunciamientos del Tribunal de Justicia, referidos lógicamente al Derecho comunitario, podrían ser aplicables perfectamente a las reclamaciones de perjuicios causados por las infracciones del Derecho nacional de la competencia, que, en el caso español, como se ha expuesto con anterioridad, quedaba plenamente reconocida en el propio texto de la LDC de 1989. Pero no iba más allá de reconocer la existencia de un derecho a reclamar los perjuicios ocasionados por las infracciones en materia de competencia. Según el TJ la cuestión de la regulación de las modalidades para el ejercicio de ese derecho queda reservada a las legislaciones nacionales.

En buena medida, y a partir de la primera de dichas sentencias, la Comisión Europea se planteó si resultaba conveniente facilitar el ejercicio de tales acciones de reclamación de daños y perjuicios, que el Tribunal de Justicia había señalado que eran necesarias para la eficacia de las normas de la competencia, a la vez que podían contribuir sustancialmente al mantenimiento de la competencia efectiva, y si se precisaba alguna iniciativa para reforzar tal posibilidad. A tal fin, elabora un *Libro Verde sobre reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia,*[8] en el que se abre el debate sobre los principales obstáculos para establecer un sistema más eficaz de indemnizaciones de daños y perjuicios. El debate surgido resultó extraordinariamente esclarecedor, y como consecuencia del mismo, ya en el año 2008 se publicó el *Libro Blanco sobre acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia.*[9]

5. Brokelmann, H. 2007. «La indemnización de daños y perjuicios», en *El Derecho de la competencia y los jueces*, Petitbò, A. y Martínez Lage, S. (dirs.); Marcial Pons, págs. 58-60. Fernández, C. 2012. «Diez años de la aplicación privada del Derecho comunitario de la competencia en España», en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, n.º 29, septiembre/octubre, págs. 12-13.

6. Sentencia del TJCE de 20 de septiembre de 2001. As. C-453/99, Courage/Crehan.

7. Sentencia del TJCE de 13 de julio de 2006. As. 295/04 y 298/04, Manfredi/Lloyd Adriatico Assicurazioni.

8. Documento de 19 de diciembre de 2005, COM (2005) 672 final.

9. Documento de 2 de abril de 2008 COM (2008) 165 final.

2. Fundamentos y objetivos de la actuación de la Comisión Europea: el efecto disuasorio

Las iniciativas de la Comisión Europea han merecido con carácter general, comentarios elogiosos,[10] si bien no han faltado críticas como la realizada por ALFARO ÁGUILA-REAL,[11] que se muestra contundentemente contrario a una actuación comunitaria que condujera a una armonización positiva por no considerar que la iniciativa de la Comisión en este campo vaya a tener los efectos positivos que, de buena fe, se propone.

La primera constatación que alcanza la Comisión Europea en el *Libro Blanco*, como consecuencia de un estudio elaborado al respecto sobre el estado de la cuestión en el conjunto de los países miembros, es que a la hora de facilitar el ejercicio de acciones de reparaciones de daños e indemnizaciones de perjuicios, la legislación de los Estados miembros. «ofrece una imagen de total subdesarrollo en los 25 Estados miembros»[12] ya que existen obstáculos importantes para su funcionamiento eficaz.

Esta constatación, que resulta notoria si bien con desequilibrios entre países,[13] pone de manifiesto que las legislaciones de cada uno de ellos no facilita el ejercicio de este tipo de acciones, especialmente por inconvenientes de tipo procesal, así como por la dificultad de proceder a una cuantificación de los perjuicios causados en una materia en la que resulta necesaria la elaboración de detallados estudios económicos que, en buena medida, resultan extravagantes para las reclamaciones tradicionales, en otros ámbitos, de daños y perjuicios, más fácilmente cuantificables para los estándares de prueba normalmente utilizados por los órganos jurisdiccionales.

Con independencia de volver más adelante sobre la detección de estos problemas y los remedios sugeridos para su solución, cabe preguntarse por las razones por las qué la Comisión Europea se plantea estos problemas, porque, en principio, no parece que el objetivo de reparar los perjuicios causados por acciones ilícitas, aunque esa ilicitud surja del propio Tratado, haya de constituir un objetivo

10. Buena prueba de esta afirmación la constituyen las intervenciones y comunicaciones del Congreso Internacional sobre aplicación privada del Derecho de la competencia, celebrado en la Universidad de Valladolid los días 14 y 15 de octubre de 2010.

11. ALFARO ÁGUILA-REAL, J. 2009. «Contra la armonización positiva: la Propuesta de la Comisión para reforzar el *private enforcement* del Derecho de la Competencia», en *InDret*, (www.indret.com). Barcelona.

12. *Libro Verde* citado, apartado 1.2.

13. En el mes de octubre de 2010, como se ha citado, la Universidad de Valladolid convocó un Congreso Internacional sobre aplicación privada del Derecho de la competencia, cuyas ponencias y comunicaciones fueron publicadas en un volumen dirigido por los profesores Luis Antonio Velasco, Carmen Alonso, Joseba A. Echebarría, Carmen Herrero y Javier Gutierrez: *La aplicación privada del Derecho de la competencia*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2011. En el Congreso se dedicó un amplio espacio (que constituyó el contenido del capítulo II de la publicación) a las experiencias nacionales sobre la aplicación privada del Derecho de la competencia, en el que diferentes autores plantearon el estado de la cuestión en varios Estados miembros.

de las Instituciones europeas, ya que ello ha de quedar reservado a las legislaciones nacionales.

Si tal es cierto, no resulta menos cierto que la Comisión encuentra los fundamentos para actuar en los razonamientos realizados por el Tribunal de Justicia en la sentencia Courage, que considera que los impedimentos de la legislación inglesa[14] para el ejercicio de una acción de indemnización de perjuicios basada en una infracción del Derecho comunitario de la competencia afectaba al efecto útil del Derecho comunitario. En base a tales argumentos, considera[15] que las acciones de reclamación de daños y perjuicios «pueden contribuir sustancialmente al mantenimiento de una competencia efectiva en la Comunidad», en la medida en la que refuerza la operatividad de las normas comunitarias de la competencia y puede tener un efecto disuasorio de las prácticas. Por otra parte, como se pone de manifiesto en el *Libro Blanco,*[16] al facilitar el ejercicio de estas acciones en las que los perjudicados por las conductas contrarias a la competencia puedan ver compensadas sus pérdidas económicas, se puede facilitar la detección de tales conductas porque los perjudicados tendrán incentivos para ponerlas de manifiesto, facilitando en su caso la actuación de la Comisión Europea y las autoridades nacionales de la competencia.[17]

Es cierto que una adecuada reparación de los daños y perjuicios puede compensar, por ejemplo, a quien se haya visto excluido de entrar en un mercado y, en consecuencia, puede dotarle de medios económicos que le faciliten la entrada en el mercado del que había sido excluido, restableciendo las condiciones de competencia que habían quedado lesionadas, e incluso, con mayores dudas, podría admitirse que se puede producir un efecto de detección de conductas, pero teniendo en cuenta los plazos para la tramitación de los procedimientos judiciales este resultado resulta más hipotético que real. En realidad, el verdadero fundamento para la acción de la Comisión Europea se encuentra en el hecho de considerar que una proliferación de acciones de daños y perjuicios, o el mero temor de su existencia, puede fortalecer el efecto disuasorio de conductas contrarias a la libre competencia. Este extremo se pone igualmente de manifiesto tanto en el *Libro Verde*[18] como

14. Para evaluar adecuadamente estos argumentos es preciso tener en cuenta que la legislación inglesa impedía una reclamación de daños y perjuicios con base no a un incumplimiento contractual sino a una cláusula de un contrato que, aunque fuera ilícita y en el supuesto de autos, contraria a la libre competencia y al derecho comunitario de la competencia, había sido asumida voluntariamente por ambos contratantes, por lo que uno de ellos no podía reclamar perjuicios de algo que había asumido voluntariamente.

15. Sentencia Courage/Crehan citada, apartados 26-27.

16. *Libro Blanco,* apartado 1.2: «La existencia de remedios efectivos para los particulares aumentaría la probabilidad de que se detecten un mayor número de restricciones ilegales de la competencia y de que se declaren responsables a los infractores».

17. Con estas actuaciones se reconoce en buena medida un interés público en la aplicación privada de las normas de la competencia, que parece ser negada por el Tribunal Supremo español en su sentencia de 9 de mayo de 2011 (asunto Cobergas/Repsol Comercial, citada por Alfonso Gutiérrez en «The Private Competition Enforcement Review», *Law Business Research,* pág. 347) que mantiene que los tribunales civiles cuando aplican las normas de competencia deben proteger intereses privados sin tener en cuenta objetivos de interés público.

18. *Libro Verde* citado, apartado 1.1.

en el *Libro Blanco*[19] y en él debe encontrarse el principal fundamento de la actuación de la Comisión Europea.[20]

El fortalecimiento de las medidas disuasorias o en buena medida la búsqueda de las medidas con mayor efecto disuasorio sobre las infracciones de competencia constituye una preocupación permanente por parte de los poderes públicos encargados de asegurar el buen orden competitivo. No es cuestión ahora de incidir en el debate, cada día más presente en los foros internacionales de la competencia, sobre la conveniencia de la criminalización de los cárteles, postura ardorosamente defendida por los representantes de los EE. UU., pero no por ello debo de dejar de manifestar mi escepticismo sobre la eficacia de las medidas penales en este campo.[21] Es cierto que las sanciones penales, especialmente si conllevan penas de prisión, conllevan el mayor efecto disuasorio, pero entre sus inconvenientes se encuentran que el más alto estándar probatorio exigido en los procesos penales que en los administrativos impediría la condena de un buen número de cárteles en los que existieran pruebas débiles de presunciones u otras que no resultaran lo suficientemente contundentes para fundamentar una pena de pérdida de libertad, aunque tengan suficiente entidad para fundamentar una sanción administrativa. Y ello con independencia de la insegura actuación de los órganos judiciales o fiscales en esta materia, máxime teniendo en cuenta que siguen tipificados en nuestro Código Penal desde el siglo XIX tipos como las maquinaciones para alterar el precio de las cosas (¿y qué es un cártel sino una maquinación para alterar el precio de las cosas?); o, más recientemente, las prácticas de colusión en los contratos públicos o prácticas de *bid rigging*, no ha motivado que haya habido condenas por tales delitos que tuvieran su origen en conductas contrarias a la libre competencia. Finalmente, y ello es materia que preocupa especialmente, como resulta lógico, a la Comisión Europea, la criminalización al menos de los cárteles supondría trasladar el poder de decisión que a ella corresponde en la actualidad a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, y ello podría suponer una pérdida de eficacia, y, justo es reconocerlo, una disminución del poder de la Comisión Europea en una materia que constituye una de sus más importantes políticas.

19. *Libro Blanco*, apartado 1.2: «...la mejora de las normas de reparación También produciría intrínsecamente efectos beneficiosos en términos de disuasión de futuras y de un mayor cumplimiento de las normas en materia de competencia de la CE».

20. ALFARO ÁGUILA-REAL, J. *loc. cit.*, duda del carácter disuasorio de las acciones de perjuicios, en la medida en la que no se puede importar al Derecho europeo la experiencia norteamericana. Defiende, por el contrario la disuasión basada en otras medidas, empezando por la criminalización de los cárteles, la concesión de incentivos pecuniarios o las obligaciones de desinvertir. Considera igualmente que el objetivo disuasorio ha quedado reducido, hasta casi hacerlo desaparecer, del *Libro Verde* al *Libro Blanco*.

21. Las cuestiones relativas a la posible criminalización de los cárteles en España y la UE han sido analizadas por GONZÁLEZ-CUÉLLAR, N. en su trabajo «¿Criminalización de las prácticas restrictivas de la competencia? Los cárteles ante la Justicia Penal», en MARTÍNEZ LAGE, S. y PETITBÒ, A. (dirs.). 2008. *Remedios y sanciones en el Derecho de la competencia.* Marcial Pons, Madrid, págs. 75-100. Incluso, como se señalará más adelante, en EE. UU. parece que existe un mayor efecto disuasorio en la aplicación privada de las normas de la competencia, especialmente por la indemnización de perjuicios (el incentivo de la condena a daños triples resulta indubitado), resulta superior a la acción pública, centrada en la aplicación de normas de carácter penal.

La política de la Comisión Europea y de las Autoridades nacionales de la competencia, entre ellas particularmente la CNC, ha consistido en incrementar considerablemente el importe de las multas, aun con las dudas del efecto disuasorio de estas en la medida en la que, en ciertos casos, su importe puede ser repercutido en los precios de los productos o servicios de los sancionados,[22] y se indaga en otras medidas tales como la inhabilitación de los administradores por el efecto disuasorio que puede tener para estos,[23] pero no creo exagerar que de las medidas adoptadas hasta el momento, posiblemente, al menos para las grandes empresas en posición de domino que pueden producir esa repercusión, preocupa más el riesgo reputacional que el importe de la multa, por mucho que estas se hayan incrementado.

Puede discutirse sobre el efecto disuasorio de las acciones de indemnización de perjuicios. Es cierto que en la situación actual no parecen preocupar excesivamente (si nos atenemos al resultado de la encuesta citada en la nota 23) pero ello no significa que los empresarios no teman la proliferación de una serie de acciones colectivas, máxime si se facilitan estas y se concede una amplia legitimación, no solo a asociaciones de consumidores, sino a organizaciones empresariales sectoriales. A principios del año 2009, próxima la finalización de la legislatura, la Comisaria Neely Kroes[24] puso de manifiesto su intención de llevar a cabo una

22. Padilla, J. y Zoido, E. «El papel disuasorio de las sanciones: una reflexión motivada por las nuevas Directrices comunitarias», en *Remedios y sanciones en el Derecho de la Competencia, op. cit.*, señalan que la política de la Comisión Europea, explicitada en las Directrices de 2006 sobre el cálculo de las multas, ha consistido en incrementar el importe de estas, con la finalidad de potenciar su efecto disuasorio, si bien señalan un cierto escepticismo al indicar que es importante que su nivel sea adecuado: «deben ser lo suficientemente altas como para garantizar que tienen el efecto disuasorio perseguido, pero no debe perderse de vista que, si son demasiado elevadas, pueden tener efectos adversos sobre el bienestar social y de los consumidores, tanto a corto plazo como a largo plazo, incrementando los precios y desincentivando la inversión», pág. 52.

23. En el año 2007 la Office of Fair Trading británica realizó el «Deterrence Study», en el que se incluía una encuesta celebrada entre empresas y abogados especialistas en competencia sobre el mayor efecto disuasorio de las medidas contra las conductas anticompetitivas. Se mostraba una curiosa divergencia, pues mientras el orden para los abogados era: 1) criminalización; 2) multas; 3) inhabilitación de directivos; 4) daño reputacional y, finalmente, indemnización de perjuicios; por su parte las empresas solo coincidían con los abogados en la medida más disuasoria (criminalización) y en la menor (acciones de indemnización de perjuicios), pues las empresas colocaban en segundo lugar la inhabilitación de directivos, en el tercero el daño reputacional y en el cuarto las multas.(Collins, Ph. «The interplay of sanctions on individuals and undetertakings: is it posible to create win-wins?» Intervención en el Día Europeo de la Competencia, Budapest, 2011). Con independencia de las dudas que se han mostrado en el texto sobre los efectos de la criminalización, que, en mi opinión, solo tienen un gran efecto disuasorio cuando son aplicables y efectivas, llama la atención el poco efecto disuasorio que, para ambos grupos encuestados, muestra la indemnización de perjuicios. Ello no significa que haya que descartar ese efecto disuasorio, pues no resulta descabellado resaltar que las respuestas vienen referidas a la situación actualmente existente, es decir a una situación de subdesarrollo de estas, como se indicaba en el *Libro Verde*, pero es posible que la desaparición de las trabas que dificultan las acciones como consecuencia de la previsible actuación de la Comisión Europea incremente considerablemente el efecto disuasorio de estas indemnizaciones.

24. La Comisaria Kroes se convirtió en una firme defensora de la promoción de acciones de reparación de daños, como puso de manifiesto en su conferencia pronunciada en el Harvard Club de Nueva York, el 22 de septiembre de 2005. «Enhancing actions for Damages for Breach of Competiton Rules in Europe» (en su momento en la página web de la Comisión), en la que insistió en los efectos disuasorios que tendría la proliferación de acciones de reclamación de daños, así como que estas contribuirían a la extensión de la cultura de la competencia.

iniciativa para elevar a texto normativo las propuestas contenidas en los diferentes documentos elaborados. Ni que decir tiene que las asociaciones empresariales desenfundaron toda su capacidad de lobby, que no es poca, anunciando a los cuatro vientos que la aprobación de esa norma iba a provocar la ruina de un buen número de empresas. Es curioso el temor demostrado cuando, como se ha indicado anteriormente, tan poco parece preocupar la indemnización de perjuicios como medida disuasoria en la encuesta citada anteriormente, pero la imagen que se transmitía de proliferación de acciones colectivas promovidas por asociaciones de consumidores y despachos jurídicos desaprensivos, al modelo que algunos filmes de contenido judicial nos muestran en EE. UU., causó su efecto y provocó una retirada, que no ha sido definitiva, del borrador de Directiva. En el presente mandato de la Comisión Europea se ha retomado la iniciativa, y en el Programa de Trabajo de la Comisión se preveía que en el mes de junio de 2012 quedaría aprobada la propuesta para su tramitación posterior.

Resulta a todas luces cierto que los promotores de la iniciativa se han inspirado en buena medida en el modelo americano en el que la aplicación privada representa el noventa por ciento de la total aplicación del Derecho de la competencia, indudablemente incentivada por la existencia de los daños punitivos que se calculan en el triple del daño causado, pero ni se ha pretendido incorporar el modelo americano en todos sus extremos (nadie ha propuesto la triple indemnización) ni, al menos en materia de competencia, se tiene conocimiento de que se hayan producido los abusos de acción que el cine nos demuestra en otros campos.

El modelo americano consiste en la preferencia de la aplicación privada sobre la aplicación pública, hasta tal punto que con frecuencia se señala que de cada diez aplicaciones de las normas de la competencia, nueve consisten en aplicaciones privadas. Nuevamente, ha de recordarse que la aplicación pública consiste en la aplicación de normas de carácter penal, a las que teóricamente se les concede el mayor poder disuasorio, pues aun así, hay opiniones que conceden mayor efecto disuasorio a la aplicación privada que a la aplicación pública.[25]

No se puede, no obstante, obviar que existen crecientes críticas en los propios EE. UU. acerca de la aplicación privada, e incluso hay quien propone su supresión,[26] argumentos que han sido retomados por todos aquellos quienes se oponen en Europa a la iniciativa de la Comisión Europea. Las críticas se centran en considerar que las acciones, especialmente las colectivas, proporcionan hono-

25. Lande, R. H. «Beneficios potenciales de la aplicación privada del Derecho de la competencia», en *La aplicación privada del Derecho de la competencia*, *op. cit.*, pág. 61 señala que «La aplicación privada también ha disuadido una cantidad importante de conductas contrarias a la competencia, quizás más aún de las que ha disuadido el programa anti cártel del Ministerio de Justicia de Estados Unidos (DOJ)». Posteriormente (pág. 74) compara el importe de la disuasión obtenida por el programa del DOJ (6.800 millones de dólares) con el obtenido en los más importantes casos de cárteles (25) de aplicación privada, en los que las víctimas obtuvieron de 9.200 a 10.600 millones de dólares. No parece resultar exagerada esa afirmación sobre el mayor efecto disuasorio de la aplicación privada.

26. Lande, R. H. (*op. cit.*, págs. 62-63) se hace eco, para rebatirlas, de las opiniones de los críticos de la aplicación privada.

rarios especialmente importantes para los abogados que intervienen en ellas, provocando que desaprensivos bufetes rebusquen la existencia de casos por lo lucrativo que para ellos, más que para las víctimas, resulta. Igualmente, se señala que la proliferación de estas acciones puede dar lugar a la existencia de falsos positivos, es decir, a declarar la ilicitud de conductas que son eficientes y no necesariamente anticompetitivas, con lo cual se estarían dificultando ciertos comportamientos empresariales que pueden resultar beneficiosos y eficientes. Finalmente, se señala que la aplicación pública asegura la búsqueda de los casos y, en consecuencia, la persecución de las conductas, que resultan más dañinos para el funcionamiento del mercado, mientras que la aplicación privada no garantiza la fijación de prioridades para el interés público.

Todos estos argumentos tienen, indudablemente, su fundamento, pero pueden ser rebatidos, ya que no existen verdades absolutas y para la elección entre diferentes alternativas hay que sopesar los aspectos positivos y negativos que existen para diversas opciones. Es cierto que se ha destacado la existencia de abusos de acciones colectivas en EE. UU., pero no parece que esos abusos hayan existido especialmente en el campo de la aplicación privada de las normas de la competencia, sino más bien en otros campos.[27] No se puede ocultar que en EE. UU. existe una fuerte corriente a favor de limitar los honorarios de los abogados en acciones colectivas. Por ejemplo, sometiendo a aprobación judicial tal importe. Pero, una vez más, ha de tenerse en cuenta que los supuestos más llamativos de abusos de litigiosidad y de honorarios excesivos de abogados no se encuentran en el campo del Derecho de la competencia, y, por otra parte, prohibir o limitar la existencia de la aplicación privada en este campo constituiría un remedio considerablemente más dañoso para el interés público que su promoción. No parece aceptable desde la óptica de la recta lógica que el temor a abusos de acción o a honorarios excesivos de los abogados termine impidiendo la existencia de acciones de reclamación de daños y perjuicios, porque esa alternativa supondría que las víctimas quedarán sin la reparación de los daños que se le han producido, mientras que los autores de las normas de la competencia se verían beneficiados con la apropiación de los beneficios ilícitamente obtenidos. La comparación, desde la estricta óptica del interés público, entre ambas alternativas y sus efectos lleva a la conclusión de que la opción más favorable consiste en potenciar la aplicación privada, ya que pueden existir otras alternativas para impedir los pretendidos abusos de los despachos litigantes.[28]

27. El artículo citado de R. H. Lande constituye un resumen y revisión de diversos trabajos realizados por el mismo autor y J. P. Davis, particularmente «Benefits From Private Antitrust Enforcement: An Analysis of Forty Cases. 42 U.S.F.» L. Rev. 879 (2008), disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers,cfm?abstract_id=1090661. donde se analizan cuarenta importantes casos de aplicación privada. Los autores, firmes defensores de la aplicación privada de las normas de la competencia, no han encontrado en los casos analizados ningún supuesto de abuso de litigiosidad. En su intervención en el Congreso celebrado en la Universidad de Valladolid, el Profesor Lande defendió con firmeza la aplicación privada y recomendó su introducción en los ordenamientos tanto europeo como español.

28. Sobre esta materia Alfaro Águila-Real (*loc. cit.*) realiza una inteligente observación: el sistema americano parte de la conversión en emprendedores a los abogados litigantes, que se ven beneficiados de buena parte,

Por otra parte, el temor a que una aplicación privada conduzca a la condena de conductas eficientes resulta exagerada, y, por otra parte, no se puede ocultar que el mismo riesgo puede existir para el supuesto de la aplicación pública, porque, ¿quién puede asegurar de forma convincente que la aplicación pública asegura sin la mínima duda la corrección de los análisis? Bien podría afirmarse que, en la medida en la que la aplicación pública está encomendada a organismos especializados, sus análisis tienen, presumiblemente, mayor rigor, pero ni estas es una verdad absoluta ni se está pretendiendo la sustitución de la aplicación pública, sino de la coexistencia de la aplicación pública y la aplicación privada. Además, teniendo en cuenta que se está haciendo el análisis no de la conveniencia de la aplicación privada en general, sino más específicamente de un aspecto de estas, es decir, de la indemnización de perjuicios, no se puede ocultar una realidad: de la experiencia obtenida hasta el momento, un buen número de acciones de reparación de daños e indemnización de perjuicios consisten en acciones de seguimiento, es decir de acciones privadas iniciadas tras una decisión de una autoridad de la competencia, no acciones independientes.[29] Una actuación pública permite un mejor acceso a las pruebas, por las facilidades derivadas de los poderes de investigación de las autoridades, a la vez que garantiza un análisis del organismo especializado que necesariamente ha de tener en cuenta por el órgano jurisdiccional encargado de decidir sobre la reclamación de perjuicios. El demandante de una acción independiente ha de demostrar y argumentar, en primer lugar, que la acción es contraria a la competencia y, en segundo término, que ha producido perjuicios y su cuantía, mientras quien promueve una acción de seguimiento, en principio, se ahorra el primero de esos pasos.[30]

El tercer argumento de los contrarios a la aplicación privada de cuantos se ha consignado consiste en poner de manifiesto que la aplicación privada no permite la priorización de los casos, con lo cual no se garantiza suficientemente que se persigan las conductas más dañinas, puesto que su elección depende de intereses privados. Este argumento carece de entidad si tenemos en cuenta que no se trata de sustituir la aplicación pública por la aplicación privada, sino de permitir la coexistencia de ambas, con lo cual las acciones prioritarias seguirán siendo elegidas por las autoridades de la competencia. Como se señala en el *Libro Blanco*, no se

---

incluso más que las víctimas, del importe de las indemnizaciones. A esta observación se puede añadir que si de tal manera se incrementa la detección de los cárteles y el posible efecto disuasorio de las acciones de *private enforcement*, no hay porque descalificar la actuación de los bufetes por los beneficios que obtengan.

29. Si tenemos en cuenta lo ocurrido en España, la mayor parte de supuestos —como más adelante se verá al comentar la jurisprudencia existente hasta el momento— de reclamaciones de perjuicios han sido acciones de seguimiento y la mayor parte de acciones independientes de aplicación privada del Derecho de la competencia no persiguen tanto la indemnización de perjuicio como la declaración de la nulidad de contratos de distribución, particularmente en materia de productos carburantes.

30. Más adelante se comentará la conveniencia de considerar el carácter vinculante de las decisiones de las autoridades de la competencia, ya que en la actualidad, según lo dispuesto en el Reglamento 1/2003 ese carácter vinculante existe para las decisiones de la Comisión Europea, pero para la de las de las ANC.

trata de sustituir la aplicación pública por la privada, sino de complementar aquella con estas,[31] y, además, en la medida en la que ambas actuaciones son complementarias, no implica que se tengan que emplear recursos de las autoridades de la competencia en la persecución de conductas que no se consideran prioritarias. A diferencia, podría señalarse, de lo que ocurre en el caso español en el que la CNC ha de tramitar necesariamente las denuncias que se presenten, aunque se estime que carecen de interés prioritario.[32] Ello significa que las conductas en sectores prioritarios en los que el interés público quede más afectado por la existencia de graves conductas anticompetitivas pueden ser perseguidas siempre por las autoridades de competencia, y una de las razones en las que han insistido tradicionalmente los defensores de la aplicación privada consiste en que los casos en los que exista un interés privado pero el interés público carezca de suficiente entidad, pueden ser objeto de aplicación privada, liberando recursos a las autoridades públicas para dedicarse a casos prioritarios de mayor gravedad. Lo cual no siempre ocurre, como se ha señalado, en España.

La novedad del planteamiento de las actuaciones de la Comisión Europea en este campo consiste en conceder trascendencia pública a la aplicación privada. El tradicional debate y planteamiento entre aplicación pública y privada del Derecho de la competencia radicaba (y ese era el planteamiento de las primeras sentencias del Tribunal de Justicia) en la consideración según la cual las infracciones de la competencia vulneraban el interés público y, a la vez, lesionaban intereses privados. Para perseguir la restitución del primero actuaban las autoridades de la competencia, mientras que para el segundo los propios particulares promoverían sus acciones ante los órganos jurisdiccionales nacionales. Pues bien, en buena medida, las nuevas actuaciones de la Comisión Europea a partir del *Libro Verde* consisten en dar trascendencia pública a actuaciones privadas.[33] O, como se había indicado, la razón de la intervención en este campo de las Instituciones europeas no es tanto contribuir a restituir las situaciones de injusticia ocasionadas por las infracciones de competencia sino coadyuvar a conseguir los objetivos del Tratado, esencialmente que funcione una economía de mercado cuyas reglas no sean alteradas por conductas contrarias a la competencia. Y para ello hay que asegurar el

31. *Libro Blanco* citado, apartado 1.2: «Otro principio rector importante de la política de la Comisión es que esta institución y las autoridades de competencia de los Estados miembros mantengan una firme aplicación en el ámbito público de los artículos 81 y 82. En consecuencia, las medidas propuestas en este *Libro Blanco* están concebidas para crear, en la esfera privada, un sistema efectivo de aplicación mediante acciones para la reparación de daños que complementen, pero no sustituyan ni pongan en peligro la aplicación pública», señalando a continuación que las medidas previstas se refieren tanto a las acciones de seguimiento como a las acciones independientes.

32. En la Ley de Defensa de la Competencia no existe disposición alguna que permita desestimar las denuncias por falta de interés público, es decir, que no sería posible una actuación como la de la Comisión Europea (ratificada por la sentencia Automec del TPI, de 18 de septiembre de 1992, As. T24/90).

33. Berenguer Fuster, L. 2006. «A vueltas sobre el recurrente tema de la aplicación judicial del Derecho de la competencia (valoración de las experiencias)», en *Anuario de la Competencia 2005*. Fundación ICO-Marcial Pons, pág. 52.

cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 101 y 102 del TFUE, que se persigue, prioritariamente con la aplicación pública, pero que puede reforzarse con la aplicación privada.

Indudablemente, el objetivo más trascendente consistirá en fortalecer el efecto disuasorio. Si nos atenemos a los resultados de la encuesta realizada en el año 2007[34] por la Office of Fair Trading británica no parece que las acciones de indemnización de perjuicios preocupen excesivamente ni a los abogados ni a las empresas, por cuanto que la señalan, ambos, como la medida con menor efecto disuasorio. Ahora bien, puede interpretarse que esa encuesta, por el año en el que fue realizada, necesariamente se refiere a un sistema que, conforme se señaló en el *Libro Verde*, ofrecía un panorama de subdesarrollo para la reclamación de daños. El facilitar las posibilidades de ejercitar acciones de daños, como propone la Comisión Europea, parece tener un potencial disuasorio, como bien pone de manifiesto la oposición que, desde sectores interesados, se ha realizado a que las medidas sugeridas como consecuencia de los debates abiertos con la publicación de los primeros documentos se plasmen en una Directiva. A pesar de todo ello no se puede pensar que, en el corto plazo, las acciones de indemnización de perjuicios en esta materia, particularmente las colectivas, vayan a alcanzar el nivel existente en los EE. UU. Pero, en cualquier caso, la importancia del efecto disuasorio debe ser un elemento esencial a la hora de evaluar las medidas propuestas para facilitar las acciones de reparación de daños, pues ante las diferentes alternativas debe optarse por la más favorable a posibilitar la acción, ya que la finalidad de la disuasión, y por lo tanto del cumplimiento del objetivo del mantenimiento de la competencia efectiva, debe considerarse como una prioridad.

También se ha señalado[35] que la actuación de los particulares en defensa de sus derechos igualmente favorecerá la detección de conductas ilegales,[36] e igualmente que la proliferación de las acciones de indemnización de daños y perjuicios favorecerá la extensión de la cultura de la competencia.[37] En cualquier caso, se trata, aun con diferente intensidad, de intereses públicos que justifican la intervención de la Comisión Europea, puesto que las conductas contrarias a la competencia producen efectos dañinos al interés público, y por esa razón son sancionados.

34. Citada en la nota 23.

35. En el *Libro Blanco* (1.2) y con referencia al Informe de Evaluación de Impacto elaborado como consecuencia de la publicación del *Libro Verde*, se señala que «La existencia de remedios efectivos para los particulares aumentaría la probabilidad de que se detecten un mayor número de restricciones ilegales de la competencia y de que se declaren responsables a los infractores».

36. Jesús Alfaro Águila-Real pone en duda, de manera justificada, ese efecto de detección por cuanto que los cárteles no solo son difíciles de detectar, sino que para demostrar su existencia es necesaria una función investigadora e instructora que no se puede alcanzar dentro de un procedimiento privado. Quien tenga indicios de la existencia de un cártel por ser víctima de sus efectos, es más lógico que presente una denuncia ante las autoridades de la competencia a que inicie una acción privada, independiente, de reclamación de daños.

37. Ver la intervención de la Comisaria Kroes citada en la nota 24.

3. Trabas para el ejercicio de las acciones indemnizatorias

Como se ha señalado con anterioridad, existen considerables inconvenientes en las legislaciones nacionales de los Estados miembros que dificultan considerablemente el ejercicio de acciones de indemnización por daños de competencia. Tradicionalmente, la doctrina civilística, esencialmente la de base romana-napoleónica, limita el importe de las indemnizaciones por culpa, preocupándose especialmente en que queden limitadas a los daños efectivamente causados, y en su caso el lucro cesante, aun con ciertas dificultades, pero con una profunda preocupación de que la víctima no pueda enriquecerse injustamente por haber sufrido un daño. Este concepto, muy presente en las legislaciones nacionales, ha venido dificultando considerablemente el ejercicio de acciones en materia de competencia en las que los daños con frecuencia resultan difíciles de determinar y deben ser calculados conforme a complicados ejercicios económicos.

El conjunto de problemas que dificultaban el ejercicio de tales acciones ha sido ampliamente debatido como consecuencia del debate abierto a partir de la publicación del *Libro Verde*, y se han ido decantando soluciones que, previsiblemente, tendrán su reflejo en la Directiva, cuando definitivamente vea la luz. En buena medida, va a tratarse de analizar los términos actuales del debate, con referencia en su caso a las resoluciones jurisprudenciales españolas que, o bien ponen de manifiesto la existencia de inconvenientes, o bien ofrecen soluciones. Finalmente, hay que tener en cuenta que si bien buena parte de los problemas para la efectividad de las acciones de indemnización de daños surgen de las legislaciones nacionales, especialmente de la normativa procesal, es cierto que también existen extremos en los que será preciso analizar la normativa comunitaria.

3.1. Incidencia en el programa de clemencia

En realidad no se trata de un problema exclusivo de las legislaciones nacionales, pero la incidencia de las acciones de reparación de daños en los programas de clemencia, tanto el Comunitario como los nacionales, puede suponer un problema sobre el que se ha manifestado una cierta preocupación, como se refleja en el *Libro Blanco*.[38]

Cualquier consideración que se realice en este apartado no puede olvidar los indudables efectos positivos para la detección de los cárteles de los programas comunitarios de clemencia, y la preocupación porque el temor a una reclamación de perjuicios pudiera llegar a desincentivar acogerse a ese programa, en la medida en la que quien se acoge al mismo puede verse expuesto a una cuantiosa reclama-

38. *Libro Blanco*, apartado 2.9. En el *Libro Verde* (apartado 2.7) se plantean diversas alternativas para que las indemnizaciones de daños y perjuicios no afecten a la eficacia de los programas de clemencia.

ción de daños. Hay que tener en cuenta que, en buena parte, el solicitante de clemencia se sitúa en peor condición que los restantes miembros del cártel, en la medida en la que él mismo ha reconocido su participación en el mismo, mientras que los restantes pueden negarla.

Este problema, posiblemente, haya sido indebidamente magnificado. En primer lugar, entre las acciones de reclamación de daños y perjuicios, el problema solo se presentará en las acciones de seguimiento, esto es en aquellas en las que ha actuado con anterioridad a la acción privada una intervención de la autoridad pública. Por otra parte, algunas de las medidas propuestas, como más adelante se comentará, consistentes en las limitaciones al acceso de las pruebas, especialmente la declaración del solicitante de clemencia, solo tendrían sentido en un supuesto; es decir, cuando la intervención de la autoridad de la competencia no haya concluido.

En el debate existente a partir de la publicación del *Libro Verde* en 2005 se han formulado diversas propuestas, que no solo parten de la necesidad de no desincentivar el programa de clemencia, sino en buena medida del reconocimiento de unas ciertas ventajas al clemente también en el campo de las reclamaciones de perjuicios, ya que si las víctimas de los cárteles pueden reclamar los perjuicios se debe a que la existencia del cártel se ha puesto de manifiesto por la declaración del clemente y, por lo tanto, este debe ser compensado de alguna manera.

Una de las alternativas existentes para beneficiar los programas de clemencia, consiste en limitar la responsabilidad en las acciones privadas para el solicitante de clemencia. Como se ha remarcado, el *Libro Blanco* señala de forma confusa la posibilidad de «limitar la responsabilidad del beneficiario de inmunidad a las demandas realizadas por sus socios contractuales directos o indirectos», lo cual parece, lo que constituiría un error, una cierta orientación hacia la limitación subjetiva de la responsabilidad.[39] En cualquier caso, ha de plantearse una cierta limitación de la responsabilidad, pero debe descartarse, como es lógico, la exención total de la responsabilidad, porque supondría un supuesto que limitaría los derechos del perjudicado. Téngase en cuenta que, de llegar a ese extremo, quien solo hubiera contratado con el solicitante de clemencia, y no con los restantes miembros del cártel, se vería imposibilitado de reclamar los perjuicios que se le han causado por el sobreprecio consecuencia del cártel. Indudablemente, hay que tener en cuenta que a quien se acoge al programa de clemencia se le exime del pago de la multa, pero no se le concede una excusa absolutoria, ni por ello desaparece la ilicitud de su conducta, que sigue siendo ilícita, aunque no se le imponga sanción. La exclusión de la responsabilidad civil a un integrante de un cártel por el solo hecho de haber solicitado clemencia, supondría privar de sus derechos a los perju-

39. Quijano, J.: «Derecho de la competencia y responsabilidad por daños: lo común y lo especial», en *La aplicación privada del Derecho de la competencia*, *op. cit.*, pág. 492.

dicados, lo cual no puede pretenderse atendiendo a los criterios de la más elemental lógica.

Sin llegar a esos extremos, se pueden buscar otras fórmulas para limitar la responsabilidad del solicitante de clemencia, y entre ellas la que goza de mayor aceptación parte del supuesto de que se declare la responsabilidad solidaria de todos los miembros del cártel, como parece que debe preverse. Pues bien, si existe esa responsabilidad solidaria, el que se acoja al programa de clemencia podría ser excluido de la misma, limitando su responsabilidad exclusivamente a los daños causados directamente por él mismo.[40]

Otra de las alternativas barajadas en el *Libro Blanco* consiste en declarar secretos los documentos y declaraciones acompañados a la solicitud de clemencia, así como todos los datos y documentos facilitados por la empresa acogida al programa de clemencia. Vaya por delante que, a pesar del apoyo del que goza esta medida, no parece que tenga entidad suficiente para limitar la desincentivación hacia programa de clemencia.

Se pueden contemplar dos supuestos. En primer lugar, que la acción privada de reclamación de daños se haya interpuesto sin que haya habido decisión definitiva de la autoridad administrativa de la competencia, aun cuando no parece que esa alternativa vaya a ser la más frecuente. En ese supuesto, el declarar secretos los documentos relativos a la solicitud de clemencia puede constituir una opción válida, si bien en la propia norma debería establecerse que el carácter secreto alcanza incluso a los órganos jurisdiccionales, ya que si no hay una ley que así lo disponga, al menos en España, el Juez que conozca de la reclamación de daños puede recabar el envío de todos los documentos que obren en poder de la autoridad administrativa, incluso con apercibimiento de proceder por el posible delito de desobediencia a la autoridad judicial. Pero vaya por delante que este supuesto no será el más frecuente, ya que tal como ha ocurrido en España y en la mayor parte de los Estados miembros,[41] y a diferencia de lo que ocurre en los EE. UU., la mayor parte de las acciones de reclamación de daños son acciones de seguimiento y se ejercitan tras la decisión de la autoridad de la competencia, declarando probada la conducta anticompetitiva.

El segundo supuesto, más frecuente como ha quedado señalado, consiste en el ejercicio de la acción de daños tras la decisión de la autoridad de competencia. En este supuesto, la prohibición de acceso a los documentos ha de tener escasa virtualidad a los efectos de demostrar acreditada la conducta, porque tal acreditación resultará de forma indubitada en la propia decisión de la autoridad de competen-

40. Esta fue la propuesta realizada por la OFT al Gobierno del Reino Unido en el año 2007 y ha gozado de gran aceptación. COLLINS, P.: «Interacción entre la aplicación pública y las acciones privadas de daños y perjuicios: perspectiva de las Autoridades de la Competencia», en *La aplicación privada del Derecho de la competencia*, *op. cit.*, págs. 714-715.

41. Como se puso de manifiesto en las distintas ponencias presentadas en el citado Congreso sobre Aplicación Privada celebrado en la Universidad de Valladolid.

cia. Otra cosa sería que entre la documentación aportada por el solicitante de clemencia se contengan datos que permitan la cuantificación de la reclamación, lo cual no será frecuente, en cuyo caso tendría un cierto sentido mantener, también en este caso, la prohibición del acceso a esa documentación por parte de los demandantes.

Este debate ha incrementado su intensidad a partir de la sentencia Plfeiderer del TJ.[42] En el supuesto que se sometió a la decisión prejudicial del TJ, la empresa Plfeiderer solicitó el acceso completo al expediente sancionador seguido contra un cártel, incluidos los documentos relativos al procedimiento de clemencia, para promover una reclamación de daños y perjuicios contra todos los integrantes del cártel, lo cual le fue negado por el Bundeskartellamnt, dando lugar al recurso en el que se planteó la cuestión prejudicial. La autoridad alemana de la competencia consideró que la eficacia del programa de clemencia podría verse afectada por la entrega de la documentación al reclamante de daños y perjuicios. Al resolver la cuestión prejudicial, el Tribunal de Justicia consideró que la normativa comunitaria no se opone a que aquel que pretende reclamar los daños y perjuicios acceda a los documentos del solicitante de clemencia, y que corresponde a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros determinar las condiciones en que debe autorizarse o denegarse el acceso.

Tras esta sentencia, que ha provocado gran preocupación entre las autoridades de la competencia, en la actualidad está pendiente la cuestión prejudicial planteada por un órgano jurisdiccional austríaco, en la que se plantea si una disposición nacional de la competencia que supedita la concesión del acceso a los expedientes de la autoridad, con la finalidad de preparar una acción de daños y perjuicios, al consentimiento de todas las partes del procedimiento.[43]

En cualquier caso y en la medida en la que la mayor parte de las acciones de daños que se promuevan sean acciones de seguimiento, no parece que el temor a la desincentivación proceda tanto del acceso al expediente como a la mera posibilidad de la existencia de tal acción, y en ese orden de cosas, no parece previsible que se desincentive el programa de clemencia por el hecho de que se faciliten las acciones de reclamación de perjuicios, ya que, como se ha señalado con anterioridad, al menos por el momento, no hay conciencia de que tales acciones tengan efecto disuasorio, esencialmente por las dificultades existentes para su ejercicio, si bien es cierto que si con la propuesta normativa comunitaria se superan tales inconvenientes, aumentará el número de reclamaciones de perjuicios en materia de competencia y, consecuentemente, su valor disuasorio. E incluso en países, como ocurre en EE. UU., en los que ese efecto disuasorio es evidente, no parece que la existencia de tales acciones, incluso las colectivas, haya desincentivado el

42. Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 14 de junio de 2011, asunto C-360/09.

43. Petición de decisión prejudicial planteada por el Oberladsgericht Wien el 20 de octubre de 2011–Buneswettbeweebsbehörde/Donau Chemie y otros.

programa de clemencia. No resulta descabellado pensar que en la medida en la que las sanciones por infracciones de competencia sean elevadas, como ocurre tras las Comunicaciones de multas, tanto en la UE como en España, siempre existirán incentivos para acogerse al programa de clemencia, con independencia de las posibles reclamaciones de daños.

3.2. Plazo de prescripción de las acciones

Uno de los inconvenientes de mayor trascendencia para el ejercicio de las acciones de responsabilidad de daños en materia de competencia lo constituye el exiguo plazo para determinar la prescripción de las acciones, que produce con frecuencia que sea imposible preparar una demanda en tiempo.

En alguna medida el denostado artículo 13.2 de la LDC de 1989 tenía una virtualidad: el hecho de que no se pudiera iniciar una acción de reclamación de daños y perjuicios hasta que hubiera una decisión firme de la autoridad de competencia, si bien es cierto que alargaba considerablemente la posibilidad de restitución de los perjuicios causados, al tiempo determinaba claramente el *dies a quo* desde el que empezaba a contarse el plazo de prescripción, y, por otra parte, podría interponerse la acción con facilidad por cuanto que la documentación sobre la cuantificación de los daños y demás extremos y documentos necesarios para su interposición habrían podido ser recogidos durante la larga tramitación del expediente administrativo y su revisión jurisdiccional. Con la nueva Ley 15/2007, al haber desaparecido ese requisito de procedibilidad, la determinación del *dies a quo* resulta más dudosa, porque si es posible la aplicación privada de las normas de la competencia y se puede lograr en un litigio privado una decisión sin necesidad de que exista una decisión administrativa, ello tiene como consecuencia que el plazo de prescripción empieza a contar desde el día que tuvo lugar la infracción y, por lo tanto, es posible, por no decir que altamente probable, que cuando la autoridad de competencia dicte su resolución, pueda interpretarse que la acción de reclamación de daños haya prescrito.[44]

Algo más podría añadirse respecto al plazo de prescripción. Normalmente se viene admitiendo que el plazo de prescripción es el que corresponde a las reclamaciones por culpa extracontractual del artículo 1902 del Código Civil, que a tenor de lo dispuesto en el artículo 1968 del mismo cuerpo legal, es de un año, lo cual resulta indudable para los supuestos de acciones basadas en abuso de posición dominante realizadas fuera de la vida contractual y para las reclamaciones de los compradores indirectos en los supuestos de cártel, aun cuando podría plantearse

44. El artículo 1969 del Código Civil establece que el tiempo para la prescripción de las acciones empieza a contarse desde el día que pudieron ejercitarse, y al desaparecer el requisito de procedibilidad que exigía la existencia de una resolución administrativa firme, las acciones pueden ejercitarse desde que se realiza la conducta o al menos desde que se le ponga fin, sin que el expediente administrativo paralice el plazo de prescripción.

que las acciones promovidas por las víctimas de abuso contractual, o bien por los compradores directos dañados por los acuerdos de cártel, podrían tener cabida en las acciones de culpa contractual y, por lo tanto, tener un plazo de prescripción de quince años, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1964 del Código Civil, por tratarse de una acción personal. Es cierto que, aunque en algunos casos haya habido interpretaciones equívocas, parece ser un criterio universalmente aceptado que las acciones de reclamación de daños se basan en el artículo 1902 del Código Civil, es decir, en culpa extracontractual.[45]

Planteada la cuestión en estos términos, recientes decisiones de los órganos jurisdiccionales españoles han puesto de manifiesto cuánto tanto en el *Libro Verde* como en el *Libro Blanco* se manifiesta sobre la limitación que para el ejercicio de acciones de responsabilidad en materia de competencia plantean las cuestiones relativas a la prescripción, especialmente graves en España si ha de partirse de un plazo tan breve como es el indicado de un año.

Las sentencias que plantean en términos especialmente graves para la reclamación de perjuicios, que queda en la práctica imposibilitada se refieren a las iniciadas por Energya VM (anteriormente Céntrica) contra dos de las empresas eléctricas y tienen como fundamento las cinco Resoluciones de la CNC que en el mes de abril de 2009 condenaron a otras tantas empresas distribuidoras eléctricas por abuso de posición dominante, por haber negado a la demandante el acceso a la información al Sistema de Información de Puntos de Suministro (SIPS). Tras las resoluciones, la perjudicada inició las correspondientes acciones de indemnización de perjuicios contra cada una de las distribuidoras condenadas, que en algunos supuestos han sido desestimadas por haber considerado los correspondientes órganos jurisdiccionales que había trascurrido el plazo de prescripción.[46] Un tercer

45. La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 11 de Valladolid desestimó por otras razones, una reclamación de diversas empresas contra uno de los integrantes del cártel del azúcar que había sido sancionado por el TDC en su Resolución de 25 de abril de 1999. La reclamación se había presentado como basada en el artículo 1902 del Código Civil, pero el juzgador consideró que podría tener mejor encaje en la culpa contractual del artículo 1.101 del mismo cuerpo legal, por cuanto que consideró que el acuerdo de cártel tuvo reflejo en cada contrato concreto de compra de azúcar entre la demandada y los actores.

46. La Sentencia de 16 de julio de 1910 del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Bilbao desestimó la demanda promovida frente a Iberdrola por considerar que la acción había prescrito, tomando como *dies a quo* el día en el que se negó la información, aun cuando considera que incluso si se estimara que el plazo empezara a contar desde que se facilitó la información, igualmente la acción habría prescrito. La Audiencia de Vizcaya, en su sentencia de 8 de julio de 2011, desestima el recurso contra la del JM de Bilbao y, si bien estima que el plazo de prescripción empieza a contar en el momento en el que la conducta infractora termina, confirma la desestimación de la demanda por prescripción. El Juzgado de lo Mercantil n.º 4 bis de Madrid desestimó igualmente la demanda promovida frente a Unión Fenosa, por considerar prescrita la acción, considerando que el *dies a quo* para el cómputo del plazo de prescripción es aquel en el que finaliza la infracción, en el caso de autos, el día en el que la demandada facilitó los datos solicitados. En la sentencia se analiza que, como resulta evidente tras la derogación de la LDC de 1989 y en concreto de su artículo 13.2, la LDC 15/2007 al permitir que los órganos jurisdiccionales conozcan de las acciones basadas en las infracciones de competencia, la existencia del expediente ante la CNC no interrumpe el plazo de prescripción, aplicando la jurisprudencia del TS según la cual la tramitación de un expediente administrativo no interrumpe el plazo prescriptivo. Estas sentencias han sido comentadas por Jiménez-Laiglesia, J.; Oís, A. y Masía, J. en «Examen de cuestiones de naturaleza práctica relativas a la aplicación privada del Derecho de la Competencia en España», pendiente de

proceso, tramitado en Barcelona, terminó con una sentencia en la que se estimó la demanda, pero en este proceso no se planteó el problema de la prescripción.[47]

Las cuestiones sometidas a debate en estos procedimientos seguidos ante la jurisdicción mercantil se centran fundamentalmente en la determinación del *dies a quo*, es decir en la interpretación del artículo 1969 del Código Civil, sobre cual es el día en el que se pudo ejercitar la acción, si fue el día en el que se produjo la infracción o el día en el que se le puso fin, y parece que se impone esta segunda fecha, ya que solo cuando termina la infracción pueden determinarse sus efectos dañinos, pero no cabe duda que en ningún momento se considera que la tramitación del expediente administrativo ante la CNC produzca efectos de interrupción dela prescripción,[48] lo cual obviamente supone un gran inconveniente para el ejercicio de las acciones de seguimiento.

Estos inconvenientes parecen haber sido adivinados por la Comisión Europea, al buscar soluciones que permitan facilitar el ejercicio de acciones de responsabilidad, y es por ello por lo que pueden proponerse dos medidas armonizadoras de las legislaciones nacionales que eliminarán tales inconvenientes, lo cual resultará evidente para el caso de la legislación española: en primer lugar, establecer un plazo de prescripción de al menos dos años y, en segundo lugar, fijar que el plazo para las acciones de seguimiento empezará a contarse desde el momento en el que la autoridad de competencia haya dictado su resolución.

3.3. Defensa del *passing on*

La cuestión relativa a la admisibilidad de la defensa del *passing on*, según la cual el demandado por daños y perjuicios puede argumentar que el perjudicado por sus precios excesivos —consecuencia de una conducta contraria a la libre competencia— ha repercutido sus precios en sus clientes, y, en definitiva, quien termina pagando el incremento de precios es el consumidor, por lo que solo este puede considerarse legitimado. La formulación positiva permite la legitimación de los compradores indirectos, porque en realidad a ellos les han repercutido el incremento de los precios, pero igualmente tiene una formulación negativa que consiste en una excepción formulada por el demandado frente a una acción de reclamación de daños formulada por el comprador directo. El autor de la conducta contraria a la competencia puede alegar que, en la medida en la que el comprador

---

publicar en el momento de redactar estas líneas en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, en el número que ha de ver la luz en noviembre de 2012.

47. La sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Barcelona de 20 de enero de 2011 y la recaída en el recurso de apelación interpuesto, de la Audiencia Provincial de Barcelona de 19 de abril de 2012 recaída en el proceso interpuesto por Céntrica contra Endesa, admitieron parcialmente la demanda.

48. Ver los fundamentos de la sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 4 bis de Madrid, anteriormente comentada en la nota 46, que coinciden con lo apuntado en el texto en base a la jurisprudencia según la cual la tramitación de un expediente administrativo no interrumpe el plazo prescriptivo.

indirecto ha repercutido los precios en sus clientes, no se le han ocasionado perjuicios. El problema es que ambas formulaciones van necesariamente ligadas, en la medida que si no se reconoce el *passing on* como excepción, la consecuencia lógica conduce a que no se pueda admitir la formulación positiva y, por lo tanto, no se le puede reconocer legitimación a los compradores indirectos.[49]

La cuestión presenta diferentes aristas y no es posible una respuesta unívoca. En realidad el tratamiento que se lee dé a la cuestión tiene que tener en cuenta cual es la prioridad de las acciones de indemnización de daños y perjuicios por infracciones en materia de competencia. Si partimos del concepto decimonónico, presente en nuestro Código Civil, según el cual la finalidad de la reclamación de perjuicios debe ser restaurar la situación dañada por la infracción, sin que pueda producirse un enriquecimiento injusto por parte de las víctimas, se debe admitir en toda su extensión el principio. Si por el contrario, las acciones de esta índole tienen una finalidad fundamentalmente disuasoria de las conductas anticompetitivas, no ha de importar tanto el posible enriquecimiento de las víctimas como el limitar la posibilidad de que el infractor de las normas de la competencia pueda obtener un beneficio ilícito de su conducta.

Pero otras muchas cuestiones pueden considerarse. En primer lugar, ni es cierto que siempre se pueda producir la repercusión de la totalidad del incremento de los precios, ni es cierto que, ni aunque así sea, los compradores directos no se vean perjudicados. En cualquier caso, la posibilidad de repercutir los precios dependerá de varios factores tales como la elasticidad de la oferta, la elasticidad del precio de la demanda, el grado de competencia y el peso del input sobre el producto final. Y aunque fuera posible, de manera hipotética, que la totalidad del precio se repercutiera, siempre habrá un efecto de disminución de la demanda por el incremento del precio, y en consecuencia, un perjuicio, aunque parcial, del comprador directo. Cabe, en consecuencia, la posibilidad de admitir un *passing on* parcial, según el cual los compradores directos podrían reclamar los perjuicios efectivamente a ellos causados, y el resto podrían hacerlo los compradores indirectos.[50]

Ahora bien, incluso para la defensa del *passing on* parcial existen inconvenientes, en la medida que no se puede ocultar que las acciones realizadas por los compradores indirectos y los consumidores son menos previsibles que las de los compradores directos, ya que, al ser los perjuicios de aquellos menores considerados individualmente, existen menos incentivos para su ejercicio. Planteada en estos términos,

49. Un bien fundamentado estudio sobre el particular lo constituye el trabajo de los profesores de la Universidad de Valladolid VELASCO, L. A. y HERRERO, C. («La *passing-on defence*, ¿un falso dilema?», en *La aplicación privada del Derecho de la competencia*, *op. cit.*, págs. 593-604) en el que analizan las limitaciones de la admisión del principio en la jurisprudencia norteamericana, especialmente por consideraciones relacionadas con el hecho de que su admisión en un buen número de casos repercutiría negativamente en los efectos disuasorios de la aplicación privada y la reclamación de perjuicios.

50. DELGADO, J. «Cuestiones prácticas sobre la passing-on defence», ponencia presentada en la jornada organizada sobre la cuestión por la Asociación Española de Defensa de la Competencia (AEDC) el 19 de junio de 2012 en Madrid.

resultaría que los perjuicios ocasionados se reparten entre los compradores directos, y los indirectos, entre ellos los consumidores, y si estos no reclaman su importe, quien se ve beneficiado es el infractor. Si por el contrario, no se admite esa excepción (lógicamente ni en su vertiente negativa, es decir, propiamente como excepción, ni en su aspecto positivo, es decir no se reconoce la legitimación a los compradores indirectos) quienes se ven beneficiados son los compradores directos.[51]

Las experiencias españolas no resultan especialmente modélicas, si tenemos en cuenta que sobre un mismo supuesto de hecho, es decir, en dos demandas dirigidas contra dos diferentes integrantes del mismo cártel, las resoluciones recaídas han resultado contradictorias. Se trata de las reclamaciones de perjuicios consecuencia del cártel del azúcar.[52] Determinados fabricantes de productos que utilizaban el azúcar demandaron ante el Juzgado de Primera Instancia n.º11 de Valladolid a una cooperativa integrante del cártel. El juzgado desestimó la demanda, pero la Audiencia Provincial de Valladolid[53] revocó la sentencia y, aunque hizo unas consideraciones que podrían tener relación con la defensa del *passing on*, no consideró que se alterara por ello la prosperabilidad de la demanda. El Tribunal Supremo, confirmó esta sentencia desestimando el recurso que estaba basado, entre otros extremos en el argumento de que los demandantes no habían tenido perjuicio porque habían repercutido los incrementos en sus clientes.[54]

Los propios demandantes, junto con otros perjudicados, promovieron otra acción de reclamación de daños contra otra de las empresas condenadas por el cártel del azúcar ante el Juzgado de Primera Instancia de Madrid n.º 50, que estimó parcialmente la demanda. Interpuesto recurso de apelación por la condenada, la Audiencia Provincial de Madrid revocó la sentencia de instancia y desestimó la

51. Alfaro, J. En el trabajo citado se muestra fervientemente contrario, siguiendo la corriente norteamericana, a la admisión de la excepción del *passing on*, por considerar que no existe necesaria conexión entre los daños sufridos por el fabricante a quien se le incrementan los insumos y los daños sufridos en forma de aumento de costes. El no admitir esa defensa puede incentivar a los fabricantes a no repercutir los incrementos producidos como consecuencia de un incremento de precio como consecuencia de un cártel, si piensa que se recuperará íntegramente si ejercita una acción de reclamación de daños.

52. Sancionado por la Resolución del TDC de 15 de abril de 1999, que fue ratificada tanto por la AN como por el TS. Hay que tener en cuenta que se aplicada la LDC de 1989, y más en concreto el artículo 13.2 de la misma, por lo que no pudo iniciarse el ejercicio de acciones de indemnización hasta la firmeza de la resolución. Las fechas entre el inicio del cártel (1995) y la hasta ahora única sentencia del TS (2012), hablan sobradamente de los efectos perniciosos de ese precepto.

53. Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 9 de octubre de 2009. En su FJ Tercero se señala: «Es de lógica que si la demandada vende a precios excesivos, los compradores directos de estos productos sufrirán un perjuicio por la parte del precio pagado por la adquisición de esos productos que excede del precio competitivo. Los compradores directos pueden adoptar dos posturas, bien repercutir la totalidad o parte de esa subida en sus propios clientes (los minoristas, y estos a su vez en los consumidores), lo que no conllevaría ningún tipo de perjuicio, porque, en definitiva, si se siguen manteniendo las ventas, como ocurre en el caso del azúcar (no olvidemos que es un producto que no puede ser sustituido por ningún otro) o bien asumir ellos solos esa subida sin repercusión alguna en el resto de los integrantes de la cadena, en cuyo caso la repercusión de la subida sí tiene verdadera importancia en cuanto a los beneficios dejados de obtener».

54. Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 8 de junio de 2012, en la que argumenta que la repercusión del sobreprecio por parte de los demandantes en los clientes lo alega el recurrente sin soporte alguno (FJ Decimosexto).

demanda[55] por considerar que existían pruebas de que se habían repercutido los precios.

Con independencia de lo llamativo que puede resultar que en casos basados en el mismo supuesto de hecho hayan recaído decisiones contrarias, lo cierto es que en ambos casos se acepta la defensa del *passing on* como un todo; es decir, que si en un caso se afirma que no ha existido prueba de la repercusión, en el otro se estima que esa prueba ha existido y se acepta plenamente la defensa del *passing on*. Posiblemente hubiera sido más adecuado, si ha de admitirse el principio del *passing on*, analizar supuestos de *passing on* parcial porque estimarlo en su totalidad (como hace la Audiencia Provincial de Madrid y parece aceptar la de Valladolid, aunque lo desestime por no estar basado en pruebas) supone desincentivar las acciones de reclamación de daños en materia de competencia. En el supuesto de admitir el principio, parece que en esos supuestos de hecho se podrían dar las condiciones para un *passing on* parcial, es decir, admitir que parte de los incrementos, pero no la totalidad, se han repercutido y, además, que los compradores de azúcar han podido tener otros perjuicios, tales como la disminución de la demanda. Pero esa posibilidad requiere un análisis más sofisticado que no se ha realizado en los supuestos analizados.

En esta materia, la posición de la Comisión relaciona la admisión de la defensa del *passing on* con las acciones colectivas, especialmente la de los consumidores, pues de no existir estas, se produciría un enriquecimiento injusto del infractor ya que los verdaderos perjudicados, es decir, los consumidores, no tendrían incentivos para reclamar los perjuicios. En esos términos, admite la defensa del *passing on*, presumiendo que se ha producido, pero admitiendo la prueba en contrario y abriendo, en consecuencia, la vía para la admisión de un *passing on* parcial, con lo cual tanto los compradores directos como los indirectos podrán reclamar una parte de los perjuicios producidos, de acuerdo con determinadas reglas, que deberían constar en una Comunicación de la Comisión, para determinar el reparto entre unos perjudicados y otros, de acuerdo con los criterios contenidos en el documento de la Comisión de 2009 sobre cálculo de las indemnizaciones de daños.[56]

55. Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 3 de octubre de 2011. En ella se hace referencia a la posibilidad que abre el *Libro Blanco* de alegar la defensa del *passing on* y se centra en el análisis de los elementos de prueba, prestando especial relevancia a las alegaciones realizadas ante el TDC por la asociación empresarial denunciante, a la que pertenecían parte de los demandantes, según las cuales se había repercutido el precio, sin especificar, hay que añadir, si total o parcialmente, y no teniendo en cuenta el contenido del informe pericial acompañado por las demandantes en el que se alega, es cierto que en términos poco concluyentes, que no es probable que los incrementos se hayan repercutido en los clientes. No parece que las pruebas en las que se basa la Audiencia Provincial y, en concreto, las manifestaciones de la asociación empresarial denunciante en el procedimiento administrativo gocen de entidad suficiente como para admitir la defensa de *passing on* en todos sus extremos.

56. «Quantifying antitrust damages. Towards non-binding guidance for courts», disponible en la página web de la Comisión. http://ec.europa.eu<7competition/antitrust/actionsdamages/quantification_study.pdf.

3.4. Efecto vinculante de las decisiones de las autoridades de competencia

Partiendo del hecho cierto de que la mayor parte de acciones de indemnización de perjuicios que se han ejercitado hasta el momento, y que así es previsible que siga siendo, son acciones de seguimiento, es decir, reclamaciones de perjuicios tras una decisión de la autoridad de la competencia, se plantea el valor que han de tener las decisiones de las autoridades de competencia para los órganos jurisdiccionales ante los que se ejerciten las acciones de reclamaciones de perjuicios.

Cuando la autoridad de competencia es la Comisión Europea, el artículo 16.1 del Reglamento 1/2003 ofrece la solución al establecer que cuando los jueces y magistrados se pronuncien sobre conductas que hayan sido objeto de una decisión de la Comisión Europea «no podrán adoptar resoluciones incompatibles con la decisión adoptada por la Comisión», con lo cual queda establecido el carácter vinculante de las decisiones de la Comisión. No ocurre otro tanto cuando la decisión es de una autoridad nacional, ni cuando aplica el Derecho comunitario de la competencia, por lo cual, al no preverlo la norma, los órganos jurisdiccionales no se sienten vinculados por las decisiones de los órganos administrativos encargados de la competencia, por lo que, en teoría, en el supuesto de una acción de seguimiento, el debate podría llegar incluso a la negación por parte de los demandados de la existencia de una conducta contraria a la competencia que hubiera sido condenada por la autoridad administrativa. La Ley de Defensa de la Competencia de 2007 —que incluyó un buen número de disposiciones para tratar de evitar las resoluciones contradictorias, bien cuando se tramitaban simultáneamente acciones de aplicación privada y pública, o bien para que las opiniones de la CNC fueran escuchadas en el supuesto de acciones independientes de aplicación privada— no previó disposición alguna por la que se estableciera el carácter vinculante de las resoluciones de la CNC en el supuesto de acciones de seguimiento.

Tal extremo es cierto, aunque no puede ocultarse que la decisión de la autoridad de la competencia constituye un elemento de gran valor, como reconocen los propios órganos jurisdiccionales.[57]

Otra cosa puede ocurrir cuando las decisiones de la autoridad administrativa han sido confirmadas en el posterior proceso de revisión jurisdiccional en virtud de los recursos contenciosos interpuestos. En el supuesto del cártel del azúcar, la resolución del TDC había sido confirmada tanto por la Audiencia Nacional como por el Tribunal Supremo, por lo que la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid[58] señala que la existencia de perjuicios por el cártel había sido establecido en la resolución del TDC, ratificada por la revisión contencioso-administrativa,

57. Por poner un ejemplo en el caso español, la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Barcelona n.º. 2 de 20 de enero de 2011 (citada por Jiménez-Laiglesia, Orís y Masía en el lugar previamente citado), que después de reconocer que la Ley 15/2007 no contempla tal vinculación «(e)llo no obstante y a los efectos de este procedimiento, es evidente que las resoluciones de la CNC constituyen un elemento de gran valor».

58. Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, de 9 de octubre de 2009, anteriormente citada.

por lo que no se podía negar la existencia de perjuicios, correspondiendo únicamente al proceso de aplicación privada fijar la cuantía de tales perjuicios.

> (e)s como si estuviéramos ante una ejecución de sentencia, en donde, después de haber seguido un largo procedimiento en el que se han declarado que se han producido grandes daños y desperfectos llegara el momento de la evaluación de los mismos y se dijera que esos graves daños que se indican en las sentencias ya firmes y que se calificaron de graves se evalúan en cero euros.

Esta ausencia de carácter vinculante de las decisiones de las autoridades de la competencia puede producir, aunque la posibilidad es más teórica que real, situaciones de resoluciones contradictorias que pueden afectar a la seguridad jurídica, por lo que a tenor de los documentos comunitarios relativos a las reclamaciones de perjuicios se propone la medida de igualar el régimen existente para las decisiones de la Comisión Europea y establecer el carácter vinculante de las decisiones de las autoridades de la competencia, en principio cuando aplican el Derecho comunitario. A las legislaciones nacionales les corresponderá establecer una similar medida para el supuesto de que apliquen las normas nacionales de la competencia.

Lógicamente ni en la disposición prevista en el Reglamento 1/2006 ni en las propuestas de la Comisión se exige que las decisiones de las autoridades de la competencia hayan sido confirmadas por la correspondiente jurisdicción revisora de los actos administrativos. Por lo cual, no puede ocultarse que, en el supuesto de que en virtud del recurso contencioso interpuesto, la jurisdicción revisora anulara la decisión de la autoridad de la competencia si ya hubiera recaído una sentencia (condenando a los daños ocasionados por una conducta contraria a la competencia), que posteriormente se declarara que no ha resultado acreditada, se plantearía un conflicto de difícil solución.

3.5. Cálculo de las indemnizaciones

Uno de los problemas más significativos a la hora de facilitar las acciones de indemnización de perjuicios lo constituye el cálculo de estos. La determinación y cuantificación de los daños resulta cualquier cosa menos sencilla y, en cualquier caso, precisa de costosos y complicados estudios económicos cuyo valor encarece el ejercicio de las acciones correspondientes, constituyendo en buena medida un elemento disuasorio para su inicio.[59]

59. Los problemas derivados de la cuantificación de daños han sido expuestos en numerosos comentarios: Requejo, A. 2008. «La cuantificación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia: comentarios al *Libro Blanco* de la Comisión Europea», en *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, nueva época, n.º 5; Jiménez Latorre, F. 2008. «Aspectos económicos de

Las dificultades sobre la cuantificación de los daños han estado muy presentes en los casos analizados hasta el momento por la jurisprudencia española. Un caso significativo lo constituye el litigio promovido por Antena 3 frente a la Liga Nacional de Fútbol Profesional, en reclamación de los perjuicios causados por el abuso de posición dominante de estas última al negarle la posibilidad de retransmisión de los partidos de fútbol.[60] El Juzgado de Primera Instancia[61] dictó una sentencia estimando la demanda y condenando a la demandada al pago de una cantidad algo inferior a la solicitada. El problema fundamental de la sentencia consistió en determinar el importe del lucro cesante, partiendo de los datos y pruebas obrantes en autos, que consistieron fundamentalmente en dos estudios de carácter económico aportados por las partes en el proceso, cuantificando en una elevada suma el presentado por la demandante, basados en la pérdida de los ingresos publicitarios al no disponer de la posibilidad de retransmisión acontecimientos de tanta audiencia como los partidos de fútbol, mientras que el aportado por la demandada negaba la existencia de tales perjuicios. La juez realizó un análisis de tales informes y consideró más consistentes los argumentos del informe pericial presentado por la demandante, aunque redujo un tanto la cantidad reclamada.

Interpuesto recurso de apelación por la condenada, la Audiencia Provincial de Madrid[62] estimó el recurso y desestimó la demanda. Los argumentos del tribunal de apelación consistieron esencialmente en un análisis crítico del informe pericial acompañado por la demandante y, como consecuencia, declarar que no había sido acreditado el perjuicio reclamado. El análisis efectuado consideraba que el informe pericial estaba realizado sin sustento real alguno y basado en un escenario teórico y subjetivo que no se ajustaba a la realidad, por considerar que no estaba justificado cuál habría de ser el precio razonable pagado por las retransmisiones, y que habría que haber tenido en cuenta los ingresos publicitarios, que no estaba acreditado que fueran menores, de los programas alternativos emitidos en ausencia de la retransmisión del fútbol.[63]

En una de los procesos seguidos como consecuencia de las Resoluciones de la CNC que condenaron a los cinco grandes grupos eléctricos por negarles información referente a los SIPS, que se ha citado con anterioridad, el Juzgado de lo Mercantil asumió los criterios del informe pericial aportado por el demandante sobre la

---

la cuantificación de daños», en el mismo número de *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*; RUIZ PERIS, J. I. 2008. «Determinación de la cuantía de la indemnización por incumplimiento de las normas de defensa de la competencia», en *Revista de Derecho de los Negocios*, n.º 27; DELGADO, J. y PÉREZ ASENJO, E. «Evidencia económica y cuantificación de los daños y perjuicios en los casos de competencia en España», en *La aplicación privada del Derecho de la competencia*, *op. cit.*

60. Este abuso había sido objeto de una condena por parte del TDC en su Resolución de 10 de junio de 1993.

61. Sentencia de 7 de junio de 2005 del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Madrid. Una análisis de esta sentencia se realizó en BERENGUER, L., *loc. cit.* págs. 42-45.

62. Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 18 de diciembre de 2006.

63. Otro análisis pormenorizado para fundamentar la cuantificación de daños lo constituye la sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 5 de Madrid en el asunto Conduit/Telefónica. Aunque se trata de una acción basada en lo previsto en la Ley de Competencia Desleal, la conducta ilícita era un abuso de posición dominante.

determinación del lucro cesante, si bien lo analizó e introdujo ciertas correcciones. La Audiencia Provincial aceptó parcialmente los argumentos del juzgado y contradijo otros, por lo que procedió a incrementar el importe de la indemnización.[64] Es de señalar que en este proceso la posición tanto del juez como del tribunal iba bien orientada, en el sentido de analizar el contenido de los informes periciales, aceptando aquello que les pareció convincente y rechazando, incluso con criterios diferentes entre el Juzgado de lo Mercantil y la Audiencia Provincial, aquellos extremos que no les pareció así.

En otras ocasiones, los órganos jurisdiccionales no realizan un estudio tan pormenorizado como el realizado en el supuesto citado; o bien realizan una previsión más conservadora de perjuicios y, en consecuencia, rebajan las pretensiones de los actores.[65] Así, en el citado asunto del azúcar, el juez y la Audiencia Provincial, ambos de Valladolid, admitieron la cuantificación de daños realizada por el informe del perito de los demandantes. Por su parte, el Juzgado de Primera Instancia n.º 50 de Madrid,[66] en la reclamación por el mismo cártel del azúcar, estimó parcialmente la demanda y condenó a la demandada, de manera un tanto acrítica, a pagar una indemnización que alcanzó la mitad de las cantidades solicitadas, que se habían basado en un informe pericial.

Resulta evidente que la cuantificación de los daños de competencia presenta grandes dificultades, por la tradicional concepción de nuestros tribunales sobre la reclamación de daños, por cuanto que ha de basarse normalmente en conjeturas y presunciones. El legislador español se ha mostrado consciente de esta preocupación y ha pretendido introducir preceptos que ayudaran a esta cuantificación, con intervención de las autoridades de la competencia. Así, el artículo 13.3 de la LDC de 1989[67] disponía la emisión de un informe por parte del TDC sobre la procedencia y cuantía de las indemnizaciones a los perjudicados. La Ley 15/2007 prevé en su artículo 25.c) que la CNC dictaminará sobre los criterios para la cuantificación de tales indemnizaciones. Estos preceptos ponen de manifiesto el valor de la opinión del órgano especializado para resolver el complicado problema de la cuantificación de los daños y perjuicios.

64. El Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Barcelona estimó parcialmente la demanda presentada por Céntrica contra Endesa. Ambas partes presentaron recurso y la Audiencia Provincial de Barcelona en su sentencia de 19 de abril de 2012 desestimó el recurso de la demandada y admitió parcialmente el de la demandante, incrementando el importe de la indemnización fijada por lucro cesante.

65. Ver la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 8 de mayo de 2007, en el asunto 3C Communications. En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 26 de julio de 2002, seguida por la vía procesal de la Ley de Competencia Desleal, en el caso Ascensores de Burgos, se desestimó la demanda por considerar inadecuada la cuantificación de los daños. Para un comentario de este supuesto, que había despertado ciertas expectativas, ver DÍEZ, F. «El resarcimiento de los daños en la aplicación del Derecho Antitrust, ¿la gran asignatura pendiente? Análisis de la jurisprudencia reciente», en *La aplicación privada del Derecho de la competencia*, *op. cit.*, págs. 220-221.

66. Sentencia de 1 de marzo de 2011, posteriormente revocada por la Audiencia Provincial por motivos diferentes, como se ha señalado con anterioridad.

67. Precepto introducido por la Ley 52/1999, de 28 de diciembre.

En la Resolución de la CNC sobre el cártel del seguro decenal[68] se establece que el incremento de las primas cobrado por el cártel excedería de los 240 millones de euros, fijando una base para la cuantificación de los perjuicios. Hasta el momento no se tienen noticias de que se haya producido ninguna acción de seguimiento como consecuencia de este cártel.

Precisamente, en el proceso del debate abierto e iniciado tras la publicación del *Libro Verde*, en 2009, la Comisión ha publicado un importante documento denominado «Cuantificación de los daños antitrust. Hacia una guía no vinculante para los órganos judiciales».[69] Este documento, que fue sacado a consulta, ha sido objeto de múltiples comentarios elogiosos por cuanto aporta elementos considerablemente positivos para resolver un tema que implica numerosos cálculos de índole económica. Es posible que, como complemento de la Directiva que vaya a aprobarse, los elementos de este estudio se incluyan en una Comunicación de la Comisión, que servirá de pauta, obviamente no vinculante, a los órganos jurisdiccionales nacionales para determinar la cuantía adecuada de la indemnización. Sería conveniente que esta Comunicación, que naturalmente habrá de ser más reducida que el extenso documento de 2009, acogiera algunas de las propuestas sugeridas durante la exposición pública, tales como establecer una presunción (que por supuesto sería iuris tantum y admitiría pruebas tanto para reducir el importe previamente calculado como para reducirlo) de que, en los supuestos de cártel, el sobreprecio que se produce es al menos del 10 por ciento, que debería ser repartido entre los perjudicados en el supuesto de *passing on*. Este cálculo predeterminado resulta lógico si se considera que cualquier miembro de un cártel no tiene incentivos para participar en la conducta colusoria si su beneficio no alcanza, como mínimo, ese importe. Esta previsión sería de gran utilidad para todos los demandantes de escasos recursos que podrían acogerse a tal presunción, y en la medida en la que la Comunicación desarrollara de forma adecuada los argumentos, serviría de pauta habitual para los órganos jurisdiccionales. Con tal propuesta se presumiría que la conducta ha producido daños económicos (ya hemos señalado que en algunos casos las resoluciones de la CNC o del TDC habían señalado la existencia de perjuicios económicos, y el posible efecto de tales afirmaciones para las acciones de indemnización de daños de seguimiento) y se invertiría la carga de la prueba en la medida en la que el demandado tendría que demostrar que los daños, o bien no se han producido, o bien no alcanzan ese importe.

68. Resolución de la CNC de 12 de noviembre de 2009. Para un amplio comentario de esta Resolución y del supuesto de hecho y sus consecuencias, ver MARCOS, F. «¿Por qué no puede haber muchas demandas de daños en el cártel español del seguro decenal?», en *La aplicación privada del Derecho de la competencia*, *op. cit.*, págs. 303-335.

69. Citado en la nota 56. Un comentario del mismo se contiene en GÓMEZ ASENSIO, C. «El estudio de la Comisión Europea de diciembre de 2009 para la cuantificación de los daños antitrust», en *La aplicación privada del Derecho de la competencia*, *op. cit.*, págs. 229-242.

3.6. Acciones colectivas

Frente a los supuestos en los que el número de perjudicados por las conductas anticompetitivas es reducido y el perjuicio es importante, en cuyo supuesto existen indudables incentivos para el ejercicio de acciones individuales, existe un buen número de casos en los que el conjunto de perjudicados es elevado y la cantidad a percibir por cada uno de ellos es pequeña, por lo que no existen incentivos para el ejercicio de acciones individuales. Para resolver esa situación, ya que al no promover acciones de indemnización los miembros del cártel (piénsese, por ejemplo, en el supuesto de un cártel de larga duración) se beneficiarían con la apropiación de los beneficios de su conducta ilegal, en el el *Libro Blanco* se sugiere la posibilidad de admitir acciones colectivas. En este apartado, y en la medida en la que se están señalando los inconvenientes surgidos en España para el ejercicio de las acciones colectivas, ha de señalarse que nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 11) solo prevé esta clase de acciones para el supuesto de consumo.

Es posible contemplar, como se realiza en los documentos de la Comisión, tres modelos de acciones colectivas: las acciones representativas, es decir, las ejercitadas por asociaciones, que pueden ser de empresarios o de consumidores, en nombre de sus afiliados; y las acciones *opt-in* y *opt-out*. Existe un consenso mayoritario para el ejercicio de las dos primeras modalidades (si bien las representativas exclusivamente en su modalidad de *opt-in* y, en cualquier caso, limitando el número de las asociaciones legitimadas y estableciendo rigurosos requisitos para estas) que son plenamente aceptadas en el *Libro Blanco*. El mayor problema se plantea en el supuesto de acciones *opt-out*, en la medida en la que dar facilidades para su ejercicio podría dar lugar a supuestos de abusos de litigiosidad. Para formular una opinión al respecto, resulta necesario considerar determinados extremos.

El primero de los extremos a tomar en cuenta se refiere a la necesidad de establecer un equilibrio entre el papel disuasorio de las acciones de reparación de daños y perjuicios y el riesgo de los abusos de litigiosidad, teniendo en cuenta las experiencias de los países en los que existen las acciones *opt-out*. Y en este orden de cosas hay que tener presente que las acciones representativas, excluidas las *opt-in* y *opt-out*, no resuelven el problema de la falta de incentivos para su ejercicio por el escaso importe de la indemnización que se puede obtener. Si se considera que, como se ha señalado, el principal objetivo que se tiene por parte de quien ha de promover la política y las normas de la competencia no es tanto restablecer las condiciones de justicia y conceder reparaciones de daños, sino disuadir de la realización de las conductas anticompetitivas, no deberían excluirse las acciones *opt-out*. Sometido a balance el riesgo de abusos de litigiosidad y los efectos procompetitivos, por disuasorios, del fácil ejercicio de las acciones de reparación de daños e indemnización de perjuicios, es admisible que los segundos hayan de prevalecer sobre los primeros.

Pero a esa consideración se pueden añadir otras varias, y entre ellas la evidencia empírica. Es cierto que en EE. UU. existe una fuerte corriente a favor de limitar,

como por ejemplo se ha hecho sometiendo a aprobación judicial la retribución de los abogados de los demandantes, la extensión de las acciones colectivas, pero no se puede olvidar que la casi totalidad de ejemplos que se dan de supuestos, que pudieran ser calificados como supuestos de abuso de litigiosidad, no se refieren a procedimientos en materia de competencia, sino a otros campos del Derecho. Entre los ejemplos de los cuarenta casos analizados por los profesores LANDE y DAVIS[70] sobre reclamaciones de daños en materia de competencia en EE. UU. se incluyen interesantes supuestos de acciones colectivas *opt-out*, que en ningún caso pueden considerarse como abusivas.

A la misma conclusión puede llevarnos la experiencia europea. Algunos países, como Portugal, Dinamarca y Holanda, permiten acciones *opt-out* en materia de competencia y no se han producido supuestos de ejercicio abusivo, e incluso podría señalarse que su utilización ha sido muy limitada.

Aunque el riesgo sea limitado, es cierto que las normas deben establecer preceptos que impidan los abusos de litigiosidad, y en ese orden de cosas algunas de las propuestas contenidas en el *Libro Blanco*, tales como limitar las acciones *opt-out* a las acciones representativas, es decir, exclusivamente a las promovidas por asociaciones, con fuertes exigencias que deben ser impuestas a las asociaciones representativas a las que se le conceda legitimación (por ejemplo, estar incluidas en un registro especial sometido a vigilancia, número de asociados significativo, etc.), pueden resultar más adecuadas que el extremo contrario, es decir, prohibir las acciones *opt-out*.

La alternativa de no imponer en la Directiva la admisibilidad de las acciones colectivas, especialmente las *opt-out*, pero al menos no prohibirlas, podría resultar adecuada para un primer momento, si bien es cierto que con ello se disminuye el efecto disuasorio que debe prevalecer al normativizar en una norma de armonización, las acciones de daños y perjuicios en materia de competencia. Pero, en cualquier caso, esa solución, que podría consistir en dejar abierto este extremo para las legislaciones nacionales, podría resultar equilibrada.

4. Conclusiones

Como se ha repetido hasta la saciedad, el principal objetivo que debe guiar la actuación de las instituciones europeas, particularmente de la Comisión, al aprobar normas que faciliten las acciones de indemnización de daños y perjuicios en materia de competencia, debe ser fortalecer el carácter disuasorio de otras medidas.

El debate, como se ha señalado, de las medidas disuasorias para las conductas contrarias a la libre competencia sigue abierto, y en él debe incardinarse el relativo a las indemnizaciones de daños y perjuicios. Hasta ahora, las medidas disuasorias

70. Ver los trabajos citados en las notas 25 y 27.

de la Comisión Europea, y de la mayor parte de los Estados miembros, residen en la imposición de multas, aunque el propio Reglamento 1/2003 haya introducido otras medidas, como los remedios estructurales, pero es lógico que se piense si se pueden buscar otras vías. Las reglas, contenidas en las respectivas Comunicaciones, sobre el importe de las multas, tienen en cuenta que el importe de la sanción debe alcanzar, como mínimo, el beneficio ilícito obtenido, porque de no ser así, un beneficio ilícito superior a la sanción, unido a la dificultad de detección de los cárteles, puede constituir un incentivo a la cartelización. Ahora bien, si el beneficio ilícito es devuelto a la sociedad por la vía de multas, ¿cuál es el papel de la indemnización de perjuicios? O por formularlo de otra manera, si el beneficio ilícito se devuelve, por la vía de la indemnización de perjuicios, a los perjudicados, ¿debe reducirse el importe de la multa en la medida en la que el beneficio ilícito ha sido asumido?[71]

Tales preguntas no tienen una respuesta fácil porque las dos respuestas extremas de las mismas tienen sus evidentes efectos negativos. Por una parte, considerar que el importe de la multa no debe disminuir por el hecho del ejercicio de una reclamación de daños puede producir un efecto de sobredisuasión, en la medida en la que el autor de la infracción debe abonar una cuantía al menos igual al beneficio ilícito dos veces: a la sociedad, por la vía de multas, y a los perjudicados, por la vía de la acción civil. Por el contrario, en el otro extremo, reducir el importe de las multas por la posibilidad de ejercicio de acciones de daños y perjuicios puede suponer el efecto contrario, es decir una disuasión insuficiente. La autoridad de la competencia, al imponer su sanción, desconoce si se va a ejercitar una acción de daños y perjuicios, por lo que si el importe de la multa no alcanza el beneficio ilícito, se producirá una apropiación indebida de una parte de tal beneficio, desapareciendo el efecto disuasorio de la aplicación de las normas de la competencia. Esta segunda opción parece estar mejor fundamentada porque, en buena medida, resultaría paradójico que una iniciativa como la de promoción de las acciones de perjuicios, realizada para disuadir las conductas contrarias a la libre competencia, terminara debilitando la fuerza disuasoria, que debe residir esencialmente en las multas, de las medidas de las autoridades de la competencia.

En cualquier caso, para profundizar en la respuesta a tal alternativa, será preciso esperar a la aprobación de las normas comunitarias que se anuncian, pero no terminan de ver la luz, pareciendo como si sus autores, cual Sísifo, tuvieran que subir una y otra vez la pesada roca a la montaña, o si se quiere, cual Penélope, se dedicaran a tejer y destejer su tela cada día y cada noche.

71. La relación entre el importe de la multa y la indemnización de perjuicios lo pone de manifiesto ALLENDESALAZAR, R. («Posibles reacciones frente a eventuales restricciones de la competencia», en *Remedios y sanciones en el Derecho de la Competencia*, *op. cit.*, págs. 33-34) cuando defiende que en las conductas unilaterales el importe de la multa debe ser más bajo porque la cuantificación es más fácil que en las conductas colusorias.

UN HORIZONTE NUEVO PARA LA COMPETENCIA Y LA REGULACIÓN

AMADEO PETITBÒ
Catedrático de Economía Aplicada

Introducción

De acuerdo con BURKE, GENN-BASH, HAINES (1988), la sociedad occidental está organizada bajo el supuesto de que las empresas compiten libremente en los mercados de factores de producción, bienes, servicios y por la propiedad de empresas menos eficientes. En este juego competitivo, en el que la eficiencia es un elemento fundamental, los ganadores obtienen beneficios elevados y los individuos mejoran su nivel de vida de forma relevante. Se trata, en consecuencia, de fomentar la competencia, eliminar la regulación ineficiente, mejorar e incentivar la tarea de los reguladores y, por último, mejorar el entorno donde compiten los operadores económicos. Pero también se trata de evitar que las empresas utilicen el Derecho de la competencia por cuestiones meramente estratégicas.[1]

Con el fin de mejorar la aplicación del Derecho de la competencia y mejorar la eficacia de las actividades de regulación y desregulación, el pasado día 9 de octubre de 2012, la Vicepresidenta y Ministra de la Presidencia, en cumplimiento del Acuerdo del Consejo de Ministros del día 27 de septiembre anterior, remitió al Presidente del Congreso de los Diputados, en nombre del gobierno, el Proyecto de Ley de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (PLCNMC),[2] acompañado de los correspondientes Memoria de impacto normativo y Dictamen del Consejo de Estado.

1. PRESTON MCAFEE, MIALON, MIALON (2007).
2. Se ha dicho que uno de los factores impulsores del PLCNMC ha sido un informe de PwC (2012), solicitado por Telefónica de España. La repercusión real de dicho informe se desconoce pero, en todo caso, el texto del PLCNMC va mucho más allá del mismo.

El citado Proyecto se apoya en la constatación de que, en España, el número de organismos supervisores se ha incrementado en los últimos años,[3] no siempre de forma justificable desde la perspectiva de la racionalidad económica y administrativa. Lógicamente, la pluralidad de órganos supervisores conlleva el riesgo de problemas de coordinación y de coherencia en las resoluciones dictadas por todos y cada uno de ellos, con los consiguientes efectos sobre la seguridad jurídica de los administrados. Asimismo, la proximidad de los reguladores con los operadores regulados, efecto de la desagregación de los organismos supervisores, entraña un mayor riesgo de captura del regulador en comparación con la presencia de un organismo único que acumule funciones de defensa de la competencia y de responsabilidad reguladora.

Al mismo tiempo, el menor número de supervisores debe traducirse, necesariamente, en una reducción de los costos totales de la supervisión sin que dicha reducción deba entrañar, necesariamente, una pérdida de eficacia de los supervisores; lo más probable es que suceda lo contrario.

Con estos elementos de referencia, el objeto de la Ley propuesta es:

> la creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), que agrupará las funciones relativas al correcto funcionamiento de los mercados y sectores[4] supervisados por la Comisión Nacional de Energía, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, la Comisión Nacional de la Competencia, el Comité de Regulación Ferroviaria, la Comisión Nacional del Sector Postal, la Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria y el Consejo Estatal de Medios Audiovisuales.[5]

Se trata, en consecuencia, de sustituir un conjunto de organismos, con muchos elementos en común, integrándolos en uno solo, independiente e imparcial, mucho más potente y, con toda probabilidad, más eficaz.

Adicionalmente, los objetivos perseguidos, de acuerdo con la Memoria de impacto económico del PLCNMC (la Memoria) son: en primer lugar, aumentar

3. Las Comunidades Autónomas han contribuido a dicho aumento, lo que ha supuesto acercar los reguladores a los regulados. Ahora se invierte la tendencia y algunas administraciones están prescindiendo de sus órganos de defensa de la competencia, por ejemplo.

4. La mención a sectores y mercados es idónea y evita confusiones e imprecisiones.

5. Alguno de los organismos citados son de reciente creación. Por ejemplo, el establecimiento y concesión de autonomía funcional del Comité de Regulación Ferroviaria tuvo lugar mediante la Ley 2/2001, de 4 de marzo, de Economía Sostenible; el Consejo Estatal de Medios Audiovisuales ha sido creado por la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual; la Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria fue establecida por Real Decreto-ley 11/2011, de 26 de agosto. También debe mencionarse la Comisión Nacional del Juego, prevista en la Ley 13/2011, de 27 de mayo, de Regulación del Juego, que se suprime al no haberse constituido efectivamente. Otros órganos reguladores quedan fuera del PLCNCM, por causas de difícil justificación metodológica. Por su naturaleza, el Consejo de Seguridad Nuclear, el Banco de España y la Comisión Nacional del Mercado de Valores quedan al margen de la reforma.

la eficiencia del sector público y racionalizar sus estructuras;[6] en segundo lugar, mejorar la seguridad jurídica, la regulación y la supervisión de un conjunto de sectores y mercados regulados para mejorar la competencia y facilitar la liberalización; y, en tercer lugar, aumentar la independencia de la nueva CNMC. Ello implica, además de reducir el número de organismos, simplificar su estructura y conducta y, por último, aumentar la profesionalidad, neutralidad e independencia de sus miembros. En la Memoria se hace referencia, también, al crecimiento y al entorno económico como consecuencia del reforzamiento del fomento de la libre y leal competencia, resultado de la reordenación de los órganos afectados por el Proyecto que se analiza.[7]

El análisis que se desarrolla a continuación responde al siguiente guión: en primer lugar, se abordan un conjunto de cuestiones generales; en segundo lugar, se hace referencia a la incompleta preparación del Anteproyecto; en tercer lugar, se analizan los grandes objetivos de la reforma; en cuarto lugar, se tratan un conjunto de cuestiones relacionadas con el control de la actividad de la CNMC y de los responsables de llevar a cabo la misión encomendada y, por último, se hace referencia al análisis económico como referencia. Se termina con unas conclusiones.

1. Cuestiones generales

Lógicamente, una modificación de calado como la que supone la creación de la CNMC exige proceder, con la debida finura, al reparto de competencias con los departamentos ministeriales afectados, los cuales, sin duda, son reacios a compartir o perder espacios de influencia y pretenden aprovechar el proceso para recuperar competencias perdidas. A dichos departamentos se les asignan —exclusivamente, se dice— tareas administrativas, correspondiendo a la CNMC, en régimen de exclusividad en aras de su independencia, el ejercicio de velar por el comportamiento competitivo de los operadores económicos en los mercados. En todo caso, los principios de independencia y eficiencia deberán ser, de forma inexcusable, los faros orientadores de la CNMC. En consecuencia, debe subrayarse que la apuesta por la transparencia[8] supone una referencia fundamental.

6. La Memoria sostiene que «La reforma puede suponer unos ahorros brutos anuales de alrededor de 28.155. 234 euros», Se trata de ahorros brutos, pero sorprende que se diga «puede» y «alrededor», y al mismo tiempo se ofrezca una cifra tan precisa, sin redondeo alguno. En todo caso, al referirse al ahorro neto, la Memoria añade: «deberá tenerse en cuenta el Presupuesto de la Comisión, los costes que supondrían la integración y puesta en funcionamiento de la Comisión teniendo en cuenta los costes de las funciones que se trasladan a los ministerios correspondientes», en claro contraste con la precisión anterior.

7. En la Memoria se destaca que «no se introduce ni se suprime ninguna de las funciones de supervisión y control contempladas en la normativa vigente, sino que únicamente se procede a su reordenación, y es de dicha reestructuración de dónde se esperan (*sic*) cosechar sinergias que mejorarán la capacidad de la nueva autoridad para supervisar los sectores incluidos en su ámbito de competencias». Sin embargo, se ha perdido la oportunidad de aprovechar la reforma para modernizar el sistema de defensa y promoción de la competencia.

8. «Se requiere a la Comisión que haga públicos todos aquellos informes que emita, la memoria anual de actividades y los planes anuales o plurianuales».

Sorprende que, dada la relación directa y la fuerte interdependencia entre la mejora del entorno competitivo, función básica del organismo que se crea, y los intereses de los consumidores,[9] no se integre en el mismo el Instituto Nacional de Consumo, encargado de dicha misión.[10] Se ha perdido una buena oportunidad para simplificar, aún más, la estructura administrativa reforzando, al mismo tiempo, la eficacia de la CNMC y la articulación entre los intereses de los consumidores y la defensa de la competencia. No se ha tomado suficientemente en consideración que los consumidores son los primeros beneficiarios del funcionamiento competitivo de los mercados.

Destaca, por tratarse de una cuestión fundamental que debe iluminar, sin sombras, el ejercicio de la CNMC, la declaración de independencia sobre la base de la cual la Comisión velará por la aplicación uniforme de la normativa sectorial y general de competencia en el territorio español mediante la cooperación con las administraciones y autoridades competentes, españolas o no. La independencia, en consecuencia, se establece como una referencia fundamental e irrenunciable.

Como punto débil debe subrayarse que el PLCNMC no recoge el principio de que la competencia es un reflejo de los derechos de propiedad[11] y nada se dice acerca de la aplicación de los principios del análisis económico al estudio del comportamiento eficiente de los mercados,[12] de la consideración de los efectos como referencia fundamental de las conductas y de la armonización de la normativa española con la comunitaria.

El marco analítico inspirador del PLCNMC debería haberse apoyado en principios elementales como los siguientes: en primer lugar, la asignación eficiente de recursos entre sectores económicos (eficiencia asignativa); en segundo lugar, la minimización de los costes de producción con la competitividad como referencia (eficiencia técnica); y, por último, la asignación óptima de los recursos con la innovación como guía. En otros términos, el fin último del fomento de la competencia son la eficiencia y el bienestar de la sociedad.

El análisis de la realidad revela que, de acuerdo con la centenaria tradición norteamericana, cada vez es más aceptado que las autoridades encargadas de aplicar las normas de defensa de la competencia han ido centrando su interés en los

9. En el Tribunal de Defensa de la Competencia (1995) se sostenía que «la competencia conduce a una asignación de recursos más eficiente, estimula la inversión y el crecimiento económico e impone una férrea disciplina en los mercados que contribuye a frenar el crecimiento de los precios. Ello permite alcanzar tasas de crecimiento económico más elevadas y elevar la renta real per cápita. Es evidente que a largo plazo todos nos beneficiamos de la introducción de competencia».

10. De acuerdo con el RD 1823/2011, de 21 de diciembre, por el que se reestructuran los departamentos ministeriales, «El Instituto Nacional del Consumo es el organismo que ejerce, en desarrollo de lo establecido en el artículo 51 de la Constitución y en el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, las funciones de promoción y fomento de los derechos de los consumidores y usuarios, dentro del ámbito competencial de la Administración del Estado».

11. Demsetz (1989).

12. Drexl, Idot, Monéger (2009) afirman, con singular contundencia, que «la teoría económica siempre ha sido la base de las normas de defensa de la competencia».

principios de libertad de mercado y el ejercicio del poder de mercado. En relación con estas cuestiones, y sobre la base de la fuerza de la teoría económica, el centro de interés se ha ido desplazando desde los principios estrictamente jurídicos hacia la aplicación de los instrumentos característicos del análisis económico de los mercados y la competencia con el fin de interpretar consistentemente la naturaleza y los efectos de las conductas. De la misma manera, la política de competencia es la piedra angular de la política económica en las modernas economías de mercado.[13] Olvidar estas cuestiones supondrá un freno relevante a la modernización de la aplicación del Derecho de la competencia y de las normas que deben regir la regulación de los mercados, al tiempo que una pérdida de eficacia en el ejercicio de las funciones de la CNMC.[14]

2. La incompleta preparación del anteproyecto

Durante la elaboración del *Libro Blanco para la reforma del sistema español de defensa de la competencia* (*Libro Blanco*)[15] se abrió un amplio periodo de consultas con el fin de recabar la opinión y, en su caso, los informes de cuantos tuvieran interés en el proyecto, fueran empresas, profesionales o Administraciones Públicas (AA. PP.).

Pese a los resultados positivos alcanzados como resultado de la colaboración de terceros, ajenos a las Administraciones Públicas, en la elaboración del *Libro Blanco*, en la preparación del PLCNCM se ha prescindido de la audiencia pública; algo difícil de justificar. Se consideró que la constitución de un grupo de trabajo interministerial y la intervención de las AA. PP. era suficiente; lo que no se sostiene. Cierto es que la respuesta de estas fue amplia reflejando el interés suscitado por el PLCNCM, especialmente en relación con los departamentos ministeriales interesados o afectados directamente en o por el mismo.

Pero la consulta no ha sido completa. Se han dejado fuera del proceso a muchos interesados; expertos, sin duda, con amplia experiencia y conocimiento en el campo de la defensa de la competencia.

Mediante Acuerdo del Consejo de Ministros de 20 de enero de 2012, se constituyó el citado grupo de trabajo interministerial con representantes de los Ministerios de la Presidencia; de Economía y Competitividad; de Industria, Energía y Turismo; de Fomento; de Hacienda y Administraciones Públicas, y de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad; además de la Oficina Económica del

13. Ver Neumann, Weigand (2004).

14. Ver Kaplow, Shapiro (2007).

15. Ministerio de Economía y Hacienda (2005). En Servicio de Defensa de la Competencia (2006) se afirma que «El *Libro Blanco* fue publicado en la página web del Servicio de Defensa de la Competencia, abriéndose un periodo de información y consulta... Durante este periodo se recibieron muy diversas aportaciones por parte de agentes privados interesados en la reforma legislativa» Ver Petitbò (2005).

Presidente. Dichos organismos realizan funciones *ex ante* y *ex post*, administrativas, consultivas y de arbitraje y de resolución de conflictos cuyo objetivo general, en el campo que nos ocupa, debe ser garantizar la competencia efectiva en los distintos mercados, en coincidencia con la misión encomendada a la Comisión Nacional de la Competencia (CNC).

De acuerdo con la Memoria y el Dictamen del Consejo de Estado, emitieron informe a las distintas versiones del Anteproyecto los siguientes organismos: la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones,;la Comisión Nacional de la Energía; la Dirección General de Aviación Civil; el Comité de Regulación Ferroviaria; la Comisión Nacional del Sector Postal; AENA; la CNC; las Secretarías Generales Técnicas del Ministerio de la Presidencia, del Ministerio de Economía y Competitividad, del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, del Ministerio de Industria, Energía y Turismo, del Ministerio de Justicia y del Ministerio de Fomento. Asimismo, se pronunciaron las Secretarías de Estado de Energía, de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, y de Presupuestos y Gastos. También lo hicieron los Ministerios de Hacienda y Administraciones Públicas y de Fomento así como la Dirección General de Función Pública, Consejo Económico y Social y Consejo de Consumidores y Usuarios. Y, por supuesto, el expediente cuenta con el oportuno Dictamen del Consejo de Estado. Una multitud de interesados que han contribuido a mejorar significativamente el texto inicial. Sin embargo, el texto actual admite mejoras adicionales, algo que, con toda probabilidad, se hubiera conseguido si la consulta se hubiera abierto a los expertos en materia de regulación y competencia, tal como se hizo en el caso del *Libro Blanco*. La pregunta es: ¿por qué no se hizo? No hay duda de que no cabe justificación alguna apoyada en el principio de urgencia, pues tiempo ha habido para que cuantos tuvieran interés en la propuesta hubieran emitido sus informadas opiniones.[16]

En definitiva, mucha administración y pocos interesados privados. Algo no acorde con la necesaria racionalidad que debe guiar los procesos de elaboración de normas de la trascendencia de la comentada ni con los criterios que deberían dirigir cualquier acción de gobierno que afecta a los consumidores y a las empresas en una economía de mercado industrializada y competitiva.

16. El caudal de conocimiento acumulado por los profesionales expertos en Derecho de la competencia y regulación/desregulación que hubieran colaborado desinteresadamente en el proceso, ha sido desperdiciado; algo que difícilmente se explica desde la racionalidad tan necesaria en el proceso de redacción de normas, especialmente cuando estas afectan al comportamiento competitivo de los mercados y a los intereses de los consumidores.

3. Los grandes objetivos de la reforma propuesta

La reforma propuesta, que incide plenamente en la estructura y la conducta de los mercados, debe perseguir tres grandes objetivos, a saber: en primer lugar, contribuir a maximizar el bienestar de la sociedad; en segundo lugar, definir la Autoridad y elegir a los más idóneos; y, en tercer lugar, definir las funciones de la CNMC y organizar su actividad con eficiencia e independencia.

3.1.Contribuir a maximizar el bienestar de la sociedad

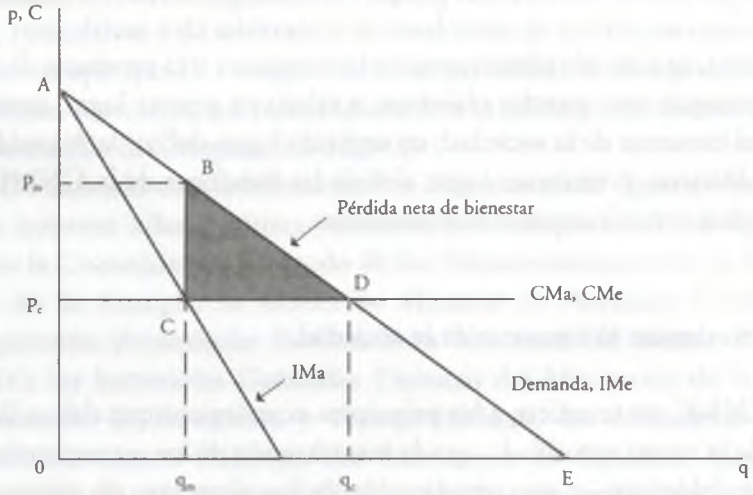
Pese a que el PLCNMC no se refiere a los principios económicos que deben ilustrar la actuación de la nueva autoridad —y a la introducción de los correspondientes principios metodológicos—u na consideración de los elementos de referencia que deben guiar el quehacer cotidiano de las autoridades reguladoras y de defensa de la competencia revela que los principios del análisis económico son una referencia inexcusable. Los profesionales que trabajarán en la nueva autoridad deberán articular, con suma precisión y conocimiento, el análisis económico y el análisis jurídico; algo que no siempre ha sucedido. De hecho, deberán tomar como referencia que las conductas de las empresas no afecten negativamente al bienestar de la sociedad, tal como lo define la teoría económica.

La vigente Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC 2007) resume, en su Preámbulo, la plataforma económica que sustenta los principios inspiradores del Derecho de la competencia moderno. No es muy original, pero no deja lugar a las dudas, pues se apoya en premisas sencillas pero robustas que pueden encontrarse en cualquier buen manual de introducción a la economía o a la economía industrial.[17]

La relevancia del análisis económico, en relación con la maximización del bienestar de la sociedad, fin último de las estrategias de defensa de la competencia y de la actuación eficiente de los órganos reguladores, puede resumirse con un sencillo ejemplo (Figura 1).

17. Los cursos de las universidades norteamericanas y europeas ofrecen buenas referencias en relación con esta cuestión. Ejemplos de textos aconsejables son Scherer, Ross (1990), Tirole ([1988] 1990), Pindyck, Rubinfeld ([1995] 2001) o Motta (2004).

Figura 1. Monopolio y competencia



La curva de demanda (*D*) puede interpretarse como una relación entre cantidades (*q*) y precios (*p*)[18] de un bien o servicio correspondiente a cada nivel de consumo y mide el valor que tiene para el consumidor una unidad marginal de *q* en cada nivel de consumo. Bajo determinadas condiciones técnicas, la función de demanda es decreciente, traduciendo el hecho de que lo que el comprador está dispuesto a pagar por cada unidad de *q* (su valoración marginal) es menor a medida que aumenta la cantidad poseída del bien o servicio. En otros términos, cada punto de la curva refleja la cantidad marginal[19] que los consumidores estarían dispuestos a pagar por cada unidad del bien o servicio. En consecuencia, el área que queda por debajo de la curva de demanda refleja la cantidad total (*pq*) que los consumidores están dispuestos a pagar por una determinada cantidad del bien o servicio.

Con el fin de simplificar el análisis y poner de manifiesto las virtudes del mercado y de la competencia, supónganse dos posibilidades: en primer lugar, un mercado suministrado por un conjunto de empresas que compiten entre sí y, en segundo lugar, un mercado dominado por una empresa monopolística. Supóngase, también, que los costes medios (*CMe*), en ambos casos, son constantes y, en consecuencia, iguales a los costes marginales (*CMa*). La demanda del mercado se representa por la línea *AE*, que equivale al ingreso medio (*IMe*). De acuerdo con el análisis económico, cuando las empresas compiten, el precio de los bienes y servicios se iguala al *CMa*. En este caso, los precios y las cantidades se reflejan en

18. Los precios, en los mercados con competencia perfecta, incluyen los beneficios normales correspondientes a una situación competitiva, con independencia de los beneficios extraordinarios, por lo general asociados al ejercicio de la posición de dominio —individual o colectiva— en el mercado. Las conductas perseguidas por las Autoridades de Defensa de la Competencia (ADC) tienen como referencia principal los beneficios extraordinarios obtenidos por los operadores económicos que incumplen la regulación de defensa de la competencia en perjuicio de sus clientes y de los consumidores.

19. Adquisición de las unidades del bien o servicio, una a una.

p_c y q_c, respectivamente. En el supuesto de un mercado monopolizado, la empresa monopolística maximiza sus beneficios fijando la cantidad en aquel punto *C* donde el *CMa* se iguala con el ingreso marginal (*IMa*). Esto supone que si la cantidad ofrecida se fija en q_m, el precio del monopolio será p_m.[20] En este punto el *CMa* es inferior al precio y el *CMe* es inferior al *IMe*.

Como puede verse fácilmente, la ausencia de competencia, en principio, supone mayores precios ($p_m > p_c$) y cantidades producidas y ofrecidas menores ($q_m < q_c$). En definitiva, una transferencia directa de recursos de los consumidores hacia el monopolista y una pérdida neta —irrecuperable— de bienestar[21] para el conjunto de la sociedad. Este resultado refleja que no se alcanzan los resultados anunciados por Knight[22] al referirse a los mercados y a las sociedades competitivas en los cuales la organización económica tiende a asignar cada recurso productivo de manera que añada el mayor valor posible al dividendo nacional valorado en términos monetarios y a gratificar a cada participante en el proceso productivo con la fracción del dividendo social conseguido gracias a su cooperación.

Por todo ello, no resulta extraño que la presencia de empresas que ostentan, individual o conjuntamente, una inequívoca posición de dominio en sus mercados respectivos, haya sugerido el análisis de los abusos de dicho poder, de las ineficiencias productivas y dinámicas y del coste social correspondiente así como de políticas «proactivas»[23] con el objetivo de promover y defender la competencia.

El PLCNMC que se examina debe enmarcarse en este esquema como punto de partida. La finalidad de las autoridades de defensa de la competencia (ADC) y de los organismos reguladores debe desembocar en una maximización del excedente del consumidor y en una mejora continua de la eficiencia empresarial y del bienestar. Cualquier otra alternativa se aleja de su función fundamental. Algo que, en ocasiones, ha sucedido y que debe evitarse.

El empleo del análisis económico debe permitir conocer con la debida precisión la forma de las conductas y sus efectos. Por ejemplo, Rey *et álii* (2006) sostienen que las autoridades de defensa de la competencia deberían tomar en consideración los efectos de las conductas como referencia fundamental. La lógica de la argumentación al respecto es sencilla: dos conductas distintas con los mismos efectos deben tener un trato equivalente. De la misma forma, dos conductas idénticas con efectos distintos deben tener un trato distinto. Jenny (2007) es contundente al respecto:

20. En este caso, como se refleja en la figura, el precio incluye beneficios extraordinarios, por encima de los beneficios normales percibidos por los empresarios en los mercados competitivos. El mayor precio perjudica a los demandantes en beneficio del monopolista.

21. Reflejada por el triángulo BCD sombreado. En otros términos, la competencia perfecta permite alcanzar la eficiencia productiva y asignativa.

22. Knight ([1923] 1935).

23. Ver la Ley catalana por la que se crea la Autoridad Catalana de Defensa de la Competencia.

el análisis económico no ofrece ninguna relación de conductas procompetitivas o anticompetitivas. La misma conducta puede, en ciertas circunstancias del mercado, tener un efecto procompetitivo (o ser pro-eficiencia) y en otras circunstancias del mercado tener un efecto o no efecto anticompetitivo potencial.

3.2 Definir la autoridad y elegir a los más idóneos

La CNMC se diseña como un organismo público de los previstos en la disposición adicional décima de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado. De acuerdo con la Memoria, su objeto —ambicioso, sin duda— es «garantizar, preservar y promover el correcto funcionamiento del mercado, así como la transparencia y libre concurrencia en los sectores sobre los que ejerce su supervisión en todo el territorio español y en relación con todos los mercados o sectores económicos». La CNMC, de acuerdo con el artículo 2 del PLCNMC, estará dotada de: «personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada y actuará con pleno sometimiento a la ley y con autonomía orgánica y funcional y con plena independencia del Gobierno, de las Administraciones Públicas y de cualquier interés empresarial y comercial».[24]

El objetivo de la CNMC es obvio:«garantizar, preservar y promover el correcto funcionamiento, la transparencia y la existencia de una competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos, en beneficio de los consumidores y usuarios» (art. 1.2). Además, aunque no se mencione, debe asegurar, también, la competencia leal y trabajar en beneficio de las empresas eficientes cuya conducta y resultados pueden verse afectados negativamente por las conductas contrarias a la competencia llevadas a cabo por sus competidores.

Se trata de un objetivo ambicioso que solo puede llevarse a cabo por profesionales reputados, independientes e idóneos para supervisar las estructuras y las conductas de los mercados de bienes y servicios[25] sometidos a su autoridad. Para alcanzarlo, los encargados de diseñar el nuevo organismo analizaron tres alternativas organizativas: en primer lugar, la integración de los organismos regulados, manteniendo separada la actual CNC. Descartaron esta posibilidad por no maximizar las sinergias que pueden alcanzarse con la integración de todos los órganos considerados; algo de sentido común. En segundo lugar, la integración de los órganos sectoriales dotándolos de capacidad para aplicar las normas de defensa de la competencia. Esta alternativa también fue descartada por las dificultades inherentes a la resolución de expedientes que incluyeran empresas de sectores regulados

24. Según el artículo 3.2 del Proyecto, «ni el personal ni los miembros de los órganos de la Comisión Nacional de Mercados y (*sic*) Competencia podrán solicitar o aceptar instrucciones de ninguna entidad pública o privada». Todo ello, sin perjuicio de la cooperación institucional contemplada en el artículo 4.

25. Deberían quedar excluidos aquellos candidatos carentes de la formación exigida.

y no regulados; algo que podría encontrar vías de solución. Y, en tercer lugar, la integración de los organismos sectoriales en la CNC. Pese a la poca tradición al respecto, se optó por esta tercera opción por considerar que puede maximizar las economías de escala y las sinergias, al tiempo que tiene un mayor potencial para la supervisión de los mercados.

A mi juicio, esta tercera opción es la mejor de las posibles a la vista de la experiencia de las ADC y de la actividad de los órganos reguladores a pesar de las dificultades de organización que conlleva.

En la Memoria, con la prudencia exigida, se destaca el riesgo de que la alternativa elegida cree una entidad demasiado *sistémica*, o general. Para atenuar dicho riesgo se simplificaría la mayor parte de las funciones de los organismos sectoriales —devolviendo competencias a los departamentos ministeriales— «por lo que el resultado sería una mayor defensa de la competencia», algo posible pero no demostrado siendo necesario un ejercicio dirigido a asegurar la inequívoca independencia de la Autoridad en el proceso de toma de decisiones.

La independencia exige transparencia. Por ello, destaca, por su relevancia, la obligación de dar publicidad a las reuniones de la CNMC con empresas siempre que no afecte al adecuado cumplimiento de los fines que tiene encomendados. Pero esto no es suficiente. Dada la naturaleza de los asuntos que se sustanciarán en la CNMC, es conveniente que, además, se hagan públicos todos los contactos de quienes ejercen y colaboran en las tareas de análisis, instrucción y resolución con los operadores económicos y las autoridades, con independencia de que puedan estar interesados directamente en asuntos objeto de análisis por la CNMC. Con esta previsión, además de aumentar la transparencia de las actuaciones de la Comisión, se reducirán significativamente los riesgos de captura del regulador o de la influencia política sobre sus decisiones. Algo totalmente necesario.

El gobierno de la CNMC (art. 13) corresponde al Consejo (art. 14) y al Presidente de la CNMC, que también lo es del Consejo. El Consejo es el órgano colegiado de decisión (art. 19). El Consejo está integrado por una multitud de consejeros: nueve miembros: Presidente, Vicepresidente y siete consejeros. Un Consejo tan numeroso no parece la mejor opción: la experiencia pone de manifiesto que un órgano colegiado tan amplio difícilmente es eficaz. cinco o, como máximo, siete miembros son suficientes para llevar a cabo la misión encomendada.

Las funciones del Presidente (art. 17) son meramente de ordenación del funcionamiento del Consejo[26] sin una inequívoca autoridad sobre sus miembros.

Los redactores del Proyecto son conscientes de las dificultades que entraña la gestión de la CNMC. Por ello, con el fin de mejorar la eficiencia de su gestión, el PLCNMC prevé la creación de una Comisión Ejecutiva para la gestión ordinaria y de aquellos asuntos delegados por el Consejo (art. 23.5). También las funciones de dicha Comisión son complejas y exigirán una gestión atenta y eficaz de la

26. Este hecho desincentiva el ejercicio del cargo de Presidente y resta eficacia al desempeño de su función.

misma, que no será fácil, dadas las limitaciones impuestas a la autoridad del Presidente.

En todo caso, atendiendo a la heterogeneidad de las actividades sometidas a la consideración de la CNMC, parece oportuno que la Comisión se organice sobre la base de cuatro direcciones de instrucción, a saber (art.22): de Competencia, de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual; de Energía y de Transportes, y del Sector Postal. Lógicamente, la seguridad jurídica exige que la instrucción se lleve a cabo con total independencia del Consejo, siendo pertinente, para asegurarla, que se registren los encuentros entre consejeros e instructores y su contenido y se incluya el acta correspondiente en el expediente. También deben ser objeto de general conocimiento los encuentros con los interesados en los expedientes.

No es la mejor opción que los directores responsables de las mencionadas direcciones de instrucción sean nombrados —previa aprobación por mayoría simple del Consejo de la CNMC— y cesados por el Gobierno, mediante Real Decreto, a propuesta del Ministro de Economía y Competitividad, oídos los ministros competentes por razón de la materia. Sin embargo, sí parece oportuno que su mandato sea de cuatro años renovables. En todo caso, dada la relevancia del puesto de director y la necesidad de contar con responsables técnicamente competentes y homologables internacionalmente, sería conveniente que su elección, como está previsto para el caso del personal directivo de otras áreas de responsabilidad, atendiera a los principios de transparencia, mérito y capacidad y, además, fuera precedida del oportuno concurso público, preferentemente abierto internacionalmente. Se trata de la administración por los mejores.

En relación con el papel desempeñado por los directores, no debe olvidarse que la eficacia del trabajo de los órganos de resolución de las ADC es tributaria del trabajo de los órganos de instrucción. En consecuencia, la pereza administrativa[27] demostrada, en ocasiones, durante el proceso de instrucción repercute negativamente en el desarrollo del proceso en la fase de decisión; algo que no debería suceder. De ahí la importancia de la selección y elección de quienes trabajarán en las direcciones generales y, especialmente, de sus responsables.

Con el fin de abrir el mercado de la contratación del personal de la CNMC, se dispone que el personal será funcionario o laboral (art. 28). La selección del personal laboral se llevará a cabo, en ejecución de la oferta de empleo público de la Administración General del Estado, mediante convocatoria pública con sujeción a los principios de igualdad, mérito y capacidad, lo que debería ejercerse con absoluta objetividad.

En el artículo 28.5 del PLCNMC se establece que «se determinarán en el Estatuto Orgánico los puestos de trabajo que por su especial responsabilidad, competencia técnica o relevancia de sus tareas, tienen naturaleza directiva» El personal

27. El análisis de los expedientes de la CNC muestra ejemplos inequívocos de magníficos análisis económico y jurídico. Lo que no excluye que, en ocasiones, la instrucción haya podido ser manifiestamente mejorable.

directivo será funcionario de carrera del subgrupo A1.[28] Con carácter excepcional podrán cubrirse estos puestos de trabajo en régimen laboral mediante contratos de alta dirección, siempre que no tengan atribuidas potestades o funciones públicas incluidas en el ámbito del artículo 9.2 de la Ley 2/2007, de 12 de abril. Sin embargo, pese a su relevancia potencial, no se contempla la creación de un cuerpo de funcionarios de la CNMC,[29] algo que resulta pertinente dada la especificidad de las tareas que debe llevar a cabo que exigen, en cualquier caso, un buen conocimiento en materia de economía, derecho y análisis económico del derecho. Esta es una cuestión que debería abordarse sin más dilación.

Se ha pretendido reforzar el papel de los funcionarios de la CNMC en el desarrollo de su trabajo. En efecto, con el objetivo de contribuir a mejorar las tareas de instrucción, el personal funcionario de carrera de la CNMC, debidamente autorizado por el director correspondiente, tendrá la condición de agente de la autoridad (art. 24.1), pudiendo realizar cuantas inspecciones considere necesarias para la efectiva aplicación de esta ley, previo consentimiento del interesado o la correspondiente autorización judicial. Asimismo, toda persona física o jurídica y los órganos y organismos de las Administraciones Públicas están obligados a colaborar con la CNMC en el ámbito de la libre competencia (art. 25). Lógicamente, los requerimientos de información deberán estar debidamente motivados y deberán ser «proporcionados» (*sic*) al fin perseguido, respetándose el principio de confidencialidad. También podrán ser cedidos al Ministerio competente, a las CC. AA., a la Comisión Europea y a las autoridades de otros Estados miembros de la Unión Europea en el ámbito de sus competencias, así como a los tribunales en los procesos judiciales correspondientes. En beneficio de los interesados, todos ellos tienen deber de sigilo.

Los poderes de la CNMC, no se limitan al análisis de los expedientes sometidos a su consideración. Sus funciones van mucho más allá. En efecto, la CNMC podrá dictar, en forma de Circulares, disposiciones de desarrollo y ejecución de las Leyes, Reales Decretos y Órdenes Ministeriales relacionadas con su ámbito de competencias, lo que no es baladí. Tales circulares tendrán carácter vinculante tras su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*. También podrá dictar comunicaciones aclaratorias de sus actuaciones y efectuar requerimientos de información periódica dirigidos a la generalidad de los sujetos afectados. Todas las disposiciones, resoluciones, acuerdos e informes que se dicten en aplicación de las normas que las regulan serán públicas tras su notificación a los interesados (art. 34), una vez resueltos los problemas de confidencialidad y previa disociación de los datos de carácter personal, excepto el nombre de los infractores.

28. Se exige título universitario de Grado.

29. Al estilo de los funcionarios del Banco de España, por ejemplo, con una remuneración acorde con sus funciones y responsabilidades.

3.3. Definir las funciones de la CNMC y organizar su actividad con eficiencia e independencia

Para alcanzar los mencionados objetivos, la CNMC llevará a cabo las siguientes funciones[30] que exigen un conocimiento minucioso de la aplicación de la legislación sobre competencia y en relación con la estructura, conducta y resultados de los sectores y mercados sometidos a su supervisión:

a) Supervisará y controlará mercados y sectores.
b) Podrá realizar funciones de arbitraje, de derecho o equidad, a instancia de los operadores económicos.
c) Aplicará la LDC en materia de conductas, control de concentraciones y ayudas públicas.
d) Aplicará en España los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y su derecho derivado, sin perjuicio de las competencias que correspondan en el ámbito de la jurisdicción competente.
e) Cooperará con la Comisión Europea y otras autoridades nacionales de competencia de los Estados miembros, de acuerdo con la legislación vigente.
f) Promoverá y realizará estudios e informes sobre asuntos relacionados con la competencia, «así como informes generales sobre sectores económicos»31.
g) Actuará como órgano consultivo en asuntos relacionados con la elaboración y aplicación de normas y cuantificación de indemnizaciones.
h) Podrá impugnar ante la jurisdicción competente los actos de las Administraciones Públicas sujetas a derecho administrativo y con rango inferior a la ley de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados o a la unidad de mercado en el territorio español.
i) En los mercados o sectores de comunicaciones electrónicas y comunicación audiovisual, eléctrico, gas natural, ferroviario, postal y tarifas aeroportuarias, ejercerá funciones de supervisión y control, de acuerdo con lo establecido en la ley que se examina.
j) En los casos previstos en la ley, intervendrá en la resolución de conflictos.

Llevar a cabo las mencionadas funciones es estimulante, pero no es sencillo. El correcto ejercicio de las funciones encomendadas a las Comisiones exige la elección de profesionales bien formados en los campos objeto de análisis y la articulación de sólidos conocimientos económicos, empresariales y jurídicos. No es un trabajo para aficionados.

Además de las funciones ejercidas tradicionalmente por los organismos reguladores se incluyen aquellas con carácter general —supervisión, control, arbitraje y

30. Todo ello sin perjuicio de las competencias correspondientes a las CC. AA. en sus ámbitos respectivos.
31. Y mercados, por supuesto.

consultivas— para la defensa y fomento de la competencia y con carácter singular en relación con los mercados de las comunicaciones electrónicas (art. 6), de la electricidad y el gas natural (art. 7), postal (art. 8), comunicación audiovisual (art. 9), tarifas aeroportuarias (art. 10) y determinados aspectos del sector y el mercado ferroviario (art. 11). Ha sido objetivo del PLCNMC la distribución de las mismas entre la CNMC —responsable del fomento de la competencia— y los departamentos ministeriales (disposiciones adicionales séptima a duodécima), responsables de las funciones de naturaleza administrativa.

Con la competencia, eficiencia y los intereses de los consumidores en el punto de mira, la CNMC tiene potestad inspectora y sancionadora. Para el ejercicio de esta última en el PLCNCM se garantiza la debida separación funcional entre las fases instructora—Dirección correspondiente— y resolutoria –Consejo.

La independencia de los miembros de los organismos de defensa de la competencia y reguladores se ha asociado a la duración de sus mandatos. La duración de los mandatos siempre ha sido una cuestión controvertida. ¿Qué es mejor: un mandato breve —cinco o seis años— con derecho a renovación o un mandato más extenso sin derecho a renovación?. Desde la perspectiva de la independencia, es preferible la segunda opción. Mandatos breves conllevan el riesgo de presión por el poder político, mientras que mandatos más extensos sin posibilidad de renovación, parecen más idóneos desde la perspectiva de la independencia.

Sin embargo, sobre esta cuestión no parece que la eficiencia y la independencia en la gestión de la autoridad responsable del buen funcionamiento de los mercados haya sido la referencia fundamental. Se ha optado por un solo mandato, de seis años, breve pero superior al tiempo de una legislatura. Un mandato único de seis años, a mi juicio, es demasiado breve para completar una trayectoria eficiente e independiente, inclinándome, sobre la base de la experiencia acumulada, por un mandato único de nueve años, superior a dos legislaturas. En estas cuestiones la independencia es una cuestión fundamental.

Con el fin de asegurar la eficiencia de la CNMC y de sus consejeros, estos ejercerán sus funciones con dedicación exclusiva y tendrán la consideración de altos cargos de la Administración General del Estado.[32]

Dado el exigente régimen de incompatibilidades, con los correspondientes efectos económicos, se dispone que, durante los dos años posteriores a su cese, el Presidente, el Vicepresidente y los Consejeros no podrán ejercer actividad profesional alguna relacionada con los sectores regulados y la actividad de la CNMC. Esta disposición justifica la oportuna compensación económica en caso de no ejercer actividad pública o privada remunerada. No se entiende, sin embargo, por qué se excluye al secretario, al responsable de la instrucción y a quienes hayan tenido un papel decisivo en la resolución de los expedientes, pues ante un probable

32. Sometidos a lo dispuesto en la Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado, y en sus disposiciones de desarrollo (art. 19).

ejercicio de actividad privada relacionada con asuntos sobre los que han tenido conocimiento combatirán con mejores armas, con las correspondientes ventajas que este hecho conlleva. Por otra parte, es más oportuno hacer referencia al conflicto de intereses, con independencia del tiempo transcurrido, que a un periodo de dos años.[33]

Lógicamente, como portadores de mucha información, con frecuencia confidencial, no es aceptable que puedan llevar a cabo otras funciones, estén relacionadas o no con las actividades propias de la CNMC.

4. El control de la actividad y de los responsables de llevar a cabo la misión encomendada

Con frecuencia se hace alusión al fuerte poder que ostentará la CNMC. Sin embargo, esta opinión no se sustenta sobre bases sólidas. En efecto, el riesgo de que el nuevo organismo detente un poder excesivo «se resolvería a través del sistema de nombramientos y separando muy bien las funciones de instrucción y resolución», a lo que debe añadirse que solo un sistema de nombramientos muy transparente y competitivo —¿por qué no internacionalmente?— garantiza la independencia y que, cuanto más relevante y poderoso sea el organismo diseñado, más fácil es su control —vía parlamentaria o a través de la opinión pública—. No cabe duda de que es más fácil controlar un gran organismo que un organismo de pequeña dimensión.

En cualquier caso, el proceso a seguir en el caso de nombramientos de los cargos decisorios de las autoridades reguladoras y de defensa de la competencia es un elemento fundamental. La independencia debe ser una referencia inexcusable, no siempre seguida en el pasado reciente. Y debe velarse por la independencia y la transparencia.

Ya se ha mencionado la necesidad de elegir profesionales idóneos. R. A. Posner ([1972] 1986), escribió su *Economic Analysis of Law* desde el convencimiento de que «la economía es un poderoso instrumento para analizar multitud de asuntos de naturaleza jurídica y política», aunque la evidencia pone de manifiesto que «muchos juristas —incluso juristas muy brillantes— y muchos estudiantes de Derecho —incluso estudiantes muy brillantes— tienen muchas dificultades para relacionar preceptos económicos y problemas jurídicos concretos».

Esta realidad debería tomarse en consideración en el proceso de selección de los integrantes de las ADC y de gestionar la actividad de los órganos reguladores sectoriales.

33. Dada la extensa duración de los procedimientos, cabría la posibilidad, por ejemplo, de que cualquier miembro de la Comisión pudiera intervenir en la tramitación de un expediente ante la Audiencia Nacional o el Tribunal Supremo, transcurridos mas de dos años después de su cese, lo que carece de justificación.

El asunto parece haberse abordado exclusivamente desde la perspectiva administrativa (o política). En efecto, persiste la decisión de proceder a los nombramientos por parte del Gobierno (art. 15) con la única limitación de la capacidad de veto por parte de una Comisión del Congreso. Este procedimiento tiene una naturaleza más política que técnica, pues se evalúa más la idoneidad general que los principios de igualdad mérito y capacidad. De acuerdo con la Memoria, «se refuerza la legitimidad democrática de la Comisión». Se trata de una condición necesaria, pero también hay que garantizar la idoneidad técnica de los Consejeros evitando que su nombramiento responda más a motivaciones políticas que a las exigencias profesionales de un órgano que tiene que pronunciarse sobre cuestiones de singular importancia que pueden afectar significativamente la vida de las empresas y los derechos de los consumidores. Todo ello con independencia del poder político.

La cuestión de la idoneidad profesional se revela mediante la publicidad. En efecto, con el fin de que los méritos de los responsables de la CNMC sean de general conocimiento, serán públicos los currículum vítae de los miembros del Consejo y del personal directivo. En todo caso, dado que, en ocasiones, algunos responsables públicos han falseado sus expedientes personales, sería oportuno que los elementos fundamentales de los currículos fueran acompañados de la documentación acreditativa de los méritos alegados. Esta debería ser una práctica de general aplicación.

La actividad de las autoridades reguladoras exige control. Por ello no se olvidan tales funciones. En efecto, aunque esta cuestión hasta el presente no ha sido determinante, el Presidente deberá comparecer, al menos una vez al año, ante la Comisión correspondiente del Congreso de los Diputados «para exponer las líneas básicas de su actuación y sus planes y prioridades para el futuro». Asimismo, a petición de la Cámara, junto al Presidente podrán comparecer uno o varios consejeros. El Presidente también comparecerá ante la Comisión correspondiente del Congreso de los Diputados o del Senado a petición de la misma de acuerdo con lo establecido en sus reglamentos. Además, cada tres años, el Presidente comparecerá para debatir la evaluación del plan de actuación y el resultado obtenido por la CNMC (art. 35).

5. El análisis económico como referencia

En el apartado 3.1 se ha hecho mención a la pertinencia de emplear el análisis económico en los asuntos relacionados con la aplicación del Derecho de la competencia. En el presente apartado se emplea el análisis económico para poner de manifiesto que los asuntos examinados por las ADC, con frecuencia, son complejos y que el análisis económico es fundamental en la tarea de analizar la estructura y conducta de los mercados desde la perspectiva de la defensa de la competencia.

En consecuencia, con el fin de huir de una tradición ya superada y de contribuir a modernizar la aplicación del Derecho de la competencia, el PLCNMC debería haber señalado los principios metodológicos sobre los que apoyar su ejercicio por profesionales cualificados desde la perspectiva del análisis económico y jurídico. No se trata de una cuestión trivial, pues se trata de un asunto de singular importancia. Una renovación de los órganos encargados de velar por la competencia efectiva en los mercados de bienes y servicios y responsables de promover la regulación eficiente debe ir acompañada de referencias claras y contundentes sobre la aplicación de las normas. En este caso, tomando como referencia las aproximaciones más consistentes basadas en los efectos de las conductas y en la aplicación rigurosa de los principios del análisis económico. Pero esta es una tarea de difícil desarrollo si los redactores de los proyectos no son portadores de la suficiente sensibilidad al respecto.

Si la necesidad de aplicar correctamente el análisis jurídico es algo que no se discute, tampoco debe ser objeto de discusión la necesidad de dotarse de los instrumentos que ofrece el análisis económico y aplicarlos correctamente. Este es el camino a seguir. Transitar por la ruta del derecho con injustificado olvido del análisis económico es dirigir la aplicación del Derecho de la competencia y la aplicación de las normas reguladoras y de los principios que orientan la eliminación de la regulación ineficiente por una ruta que no conduce a la eficiencia y que, además, no es acorde con la voluntad de modernizar las funciones de los reguladores y responsables de aplicar las normas de defensa de la competencia.

Un ejemplo elemental permite poner de manifiesto la robustez del análisis económico.

Se sabe que las situaciones de monopolio no legal, al igual que los mercados perfectamente competitivos, son escasas. Supóngase, en consecuencia, el caso más habitual que se refiere a un mercado en el que operan un número reducido de empresas de gran dimensión acompañado de un grupo, más o menos numeroso, de empresas de menor dimensión sin capacidad de influir de forma decisiva en el mercado. En estas circunstancias, una cuota de mercado elevada puede ser el resultado de: mayor eficiencia —no objetable desde la perspectiva de las normas de defensa de la competencia—, una o varias operaciones de concentración—susceptible, aunque no necesariamente, de ser analizadas por las ADC[34]— o la existencia de barreras de entrada—situación que debería ser removida de forma apasionada por las ADC.

En un mercado relevante determinado puede ocurrir que una o varias empresas —pero siempre un número reducido— ostenten una posición de dominio, condición necesaria pero no suficiente de un eventual abuso de posición de dominio. Desde la perspectiva del análisis económico, el interés del asunto reside en la apti-

34. Aunque dicho análisis sea difícilmente justificable desde la perspectiva de la racionalidad económica. Ver A. Petitbò (en prensa).

tud de que la empresa o empresas con posición de dominio puedan fijar los precios por encima de los CMa durante un periodo de tiempo suficientemente extenso, lo que se traduciría en la obtención de beneficios extraordinarios.[35] Pero que exista aptitud no significa que la eventual conducta contraria a la competencia se lleve a cabo.[36]

En consecuencia, aunque las ADC apliquen el Derecho de la competencia sobre la base de las aptitudes, no tiene sentido sancionar a un operador económico por la aptitud de determinadas conductas de vulnerar las normas de defensa de la competencia si estas conductas no producen efectos significativos sobre la competencia durante un periodo de tiempo suficientemente extenso. Como se ha subrayado en el apartado 3.1, centrarse exclusivamente en la aptitud, sin más, refleja una visión miope de lo que debe ser la aplicación basada en el análisis económico del Derecho de la competencia. Es sencillo, pero también es vulgar.

De la misma forma, en el campo de aplicación del Derecho de la competencia no resulta pertinente adoptar decisiones sin un análisis de las estructuras y de las conductas sobre los mercados, apoyado en los instrumentos básicos del análisis económico.

Para poner de relieve la relevancia del análisis económico en la aplicación del Derecho de la competencia, puede partirse de la aportación de Schmalensee (1982) quien, al analizar el destacado artículo de Landes y Posner (1981), relacionó la pérdida neta de bienestar con el índice de Lerner. Schmalensee suponía que, como regla general, las empresas disponen de algún poder de mercado, aunque este sea reducido. Sin embargo,[37] el hecho relevante no debe ser tanto la eventual posición de dominio de las empresas, o su aptitud para abusar de dicha posición, como el abuso efectivo durante un periodo de tiempo suficientemente extenso. Y ello por sus posibles efectos negativos sobre el bienestar y la eficiencia.

Un ejemplo puede ilustrar este asunto.[38] Supóngase:

a) Un mercado perfectamente competitivo en el que los operadores económicos producen un bien o servicio que, para simplificar, se supone que es homogéneo.[39]
b) Que las empresas, cuyos costes no son necesariamente idénticos, son precioaceptantes; es decir, no tienen aptitud para influir, de una forma significativa, sobre los precios.

35. Los beneficios extraordinarios no son rechazables si son el resultado de la eficiencia empresarial.
36. Igualmente, si un automóvil tiene aptitud para superar la velocidad máxima permitida no significa necesariamente que la supere. De hecho, casi todos los automóviles pueden superarla pero solo una fracción muy reducida de los conductores la supera efectivamente. En consecuencia, no tendría sentido sancionar a los automovilistas por la aptitud de sus automóviles de superar la velocidad máxima permitida.
37. Esta cuestión debería iluminar la actividad de las ADC.
38. Un precedente del mismo puede verse en Petitbò (2005).
39. El argumento se ha basado en Utton (1995).

c) La función de costes variables de la empresa i es convexa ($C'_i > 0$, $C''_i > 0$) y los costes son función de la cantidad producida; es decir $C_i = C_i(q_i)$. El bien o servicio producido se vende a otras empresas o a los consumidores finales.
d) La función de demanda del mercado incluye toda la información relevante y cada empresa i elige un volumen de producción q_i.
e) La función de beneficios de la empresa i (B_i) es continua, y puede expresarse como:

$$B_i = p(q) \cdot q_i - C_i(q_i) - CF_i \; ; \; i = 1, 2, \ldots\ldots n \qquad [1]$$

Haciendo operaciones puede escribirse:

$$\frac{p - CMa_i}{p} = \frac{s_i}{e} k_i \qquad [2]$$

Donde:

p	precios del mercado.
CF_i	costes fijos de la empresa i.
CMa_i	coste marginal de la empresa i.
s_i	cuota de mercado de la empresa i.
e	elasticidad precio de la demanda del mercado.
k_i	conjeturas de la empresa i ante posibles reacciones de sus rivales frente a cambios en su nivel de producción.[40]

El primer término de la expresión [2] refleja el margen precio-coste, también conocido como índice de poder de monopolio de Lerner o Kalecki (L_i). En una situación de equilibrio, L_i está directamente relacionado con s_i y k_i e inversamente relacionado con e. Dicho índice refleja el supuesto de que una mayor tasa de beneficio (margen precio-coste) puede ser el resultado de un mayor poder de monopolio, condición necesaria pero no suficiente del abuso de posición de dominio.[41]

Aceptando, como es habitual, que $CMe = CMa$ y tomando en consideración el conjunto de la rama industrial o de servicios, puede escribirse:

$$B_i + F_i = p(q) \cdot q_i - CMa_i \cdot q_i$$

40. Las conjeturas se explican por la interdependencia estratégica entre las empresas oligopolísticas y se sitúan en el núcleo del análisis del oligopolio. Según los valores que tome ki reflejará distintos modelos de oligopolio.

41. La ecuación [2] se ha utilizado profusamente en trabajos empíricos. Sin embargo, dado que Li es difícilmente calculable para cada empresa, se procede a la agrupación de [2] mediante la ponderación de las cuotas de mercado de las empresas. Este procedimiento supone la introducción de juicios de valor con el fin de determinar el procedimiento de agregación de los índices.

Sumando los datos correspondientes a todas las empresas de la rama industrial o de servicios, haciendo p (q) · q_i = I (ingresos de la rama) y expresando el índice de concentración de Herfindahl-Hirchmann como H[42] y definiendo:

$$C = \frac{\sum_{i=1}^{n} s_i^2 k_i}{\sum_{i=1}^{n} s_i^2}$$

como la suma ponderada de las variaciones conjeturales de las empresas. Puede escribirse:

$$\frac{B+F}{I} = \frac{H}{e} c \qquad [3]$$

La expresión [3] expresa que, al margen de las variaciones conjeturales, los beneficios brutos de la rama industrial o de servicios son una función creciente del grado de concentración de las empresas en su mercado relevante y una función decreciente de la elasticidad precio de la demanda.

La existencia de colusión entre empresas, en principio independientes, las transforma en un monopolista de hecho. En consecuencia, de acuerdo con lo que se ha dicho, puede escribirse:

$$\frac{p - CMa}{p} = \frac{1}{e} \qquad [4]$$

La expresión [4] refleja la estimación del *mark-up*, dada la elasticidad de la demanda.

Haciendo operaciones resulta:

$$\frac{p}{CMa} = \frac{e}{e-1}$$

De acuerdo con la Figura 1, la pérdida neta de bienestar (PNB) equivale al área BCD. De donde:

Siendo:

$$L_i = \frac{s_i}{e_m^d + e_r^s(1 - s_i)} \qquad [5]$$

42. $H = \sum_{i=1}^{n} s_i^2$ Al margen de las discusiones acerca del índice de concentración ideal, las ADC acostumbran a utilizar H en sus análisis de los mercados.

$(1 - s_i)$ cuota de mercado de las empresas distintas a la empresa i

e_m^d elasticidad-precio de la demanda dirigida a la empresa dominante

e_r^s elasticidad de la oferta del resto de empresas.

De la expresión [5] pueden extraerse conclusiones relevantes.[43] En primer lugar, cuanto mayor es la elasticidad de la demanda del mercado menor será la probabilidad de que dicha empresa pueda elevar el precio por encima del *CMa*. En efecto, la presencia en el mercado de bienes o servicios sustitutivos próximos al ofrecido por la empresa dominante contribuye a reducir su poder de mercado. En segundo lugar, el poder de mercado de la empresa dominante también se reduce si aumenta la oferta del resto de empresas, de la entrada de nuevas empresas en el mercado o de ambas posibilidades, simultáneamente.

Dado el interés que los instrumentos del análisis económico tienen para las ADC debe subrayarse que la cuota de mercado es un indicador frágil del poder de mercado. Es un ingrediente importante pero insuficiente.[44] El análisis del poder de mercado exige una aproximación más compleja que considere los elementos fundamentales de cada mercado relevante. Por otra parte, el modelo es estático, los precios se consideran dados, el bien o servicio producido y ofrecido se considera homogéneo, excluyendo la hipótesis de competencia sobre la base de la diferenciación del producto y la natural interdependencia característica de los mercados oligopolísticos ha quedado fuera del análisis. Tampoco se han considerado los efectos de posibles barreras de entrada o las conductas predatorias por parte de las empresas dominantes.

Estas cuestiones, que ilustran los puntos débiles del análisis efectuado, también muestran las fragilidades de muchos análisis llevados a cabo por las ADC. En todo caso, el hecho de haber hecho explícitos dichos puntos débiles permite la búsqueda de soluciones a los mismos y pone de relieve que prescindir de la consideración de cuestiones como las analizadas puede conducir a interpretaciones sesgadas, incompletas o incorrectas. Algo que debería tomarse en consideración en la elaboración de las normas sobre la aplicación del Derecho de la competencia o en el ejercicio de la actividad reguladora. Y algo que debería haberse tomado en consideración en la elaboración del PLCNMC.

43. Pese a la relevancia de las conclusiones alcanzadas, el modelo desarrollado incluye limitaciones significativas, reflejo de las correspondientes a las variables utilizadas que, en algunos casos, se consideran determinantes por las ADC.

44. SCHMALENSEE (1982),por ejemplo, sostiene que «En función de los hechos concretos de cada caso, información acerca de la rentabilidad o sobre las pautas de conducta pueden ofrecer más información que las cuotas de mercado».

Conclusiones

La decisión de agrupar un conjunto de organismos reguladores y la autoridad encargada de la defensa de la competencia resulta acertada. Tras unos años de experiencia, se ha demostrado que los elementos comunes entre agencias reguladoras y defensores de la competencia son numerosos y que la actividad conjunta, si responde a una organización eficiente y a una correcta aplicación de la legislación, tiene que ofrecer resultados positivos. En estos asuntos, la independencia y la transparencia son fundamentales.

Sin embargo, algunas cuestiones de calado deberían haber sido tomadas en consideración, a saber:

En primer lugar, el proceso de elaboración del PLCNCM debería haberse sometido a la consideración de los expertos, tal como se hizo con el *Libro Blanco para la reforma del sistema español de defensa de la competencia.*

En segundo lugar, no se ha tomado en consideración la relevancia del análisis económico en las cuestiones sometidas a examen por la CNMC. Tampoco se ha considerado la oportunidad de examinar las conductas relacionadas con la competencia desde la perspectiva de sus efectos, más potente que el análisis basado exclusivamente en la forma de las conductas.

En tercer lugar, dada la relevancia de las cuestiones que serán sometidas a la consideración de la CNCM, la selección del personal debería hacerse en convocatoria pública, abierta internacionalmente, e inexcusablemente sobre la base de los principios de igualdad, mérito y capacidad. Todo ello sin olvidar la pertinencia de crear un cuerpo de expertos en análisis económico y jurídico de los mercados y la competencia.

En cuarto lugar, un mandato de nueve años —superior a dos legislaturas— es preferible a uno de seis. También lo es un régimen de incompatibilidad que atienda más al conflicto de intereses que a un periodo de dos años.

Y en quinto lugar, el Instituto Nacional del Consumo debería integrarse en la CNMC dada la estrecha relación entre la defensa y el fomento de la competencia y los intereses de los consumidores.

Referencias bibliográficas

BURKE, T.; GENN-BASH, A.; HAINES, B. 1988. *Competition in Theory and Practice,* Croom Helm.

CASES, Ll. 2005. *Anuario de la Competencia 2004*, Fundación ICO, Universidad Autónoma de Barcelona, Marcial Pons.

DEMSETZ, H. 1989. *Efficiency, Competition and Policy (The Organization of Economic Activity, Vol 2*). Basil Blackwell. Oxford.

DREXL, J.; IDOT, L.; MONÉGER, J. (eds.). 2009. *Economic Theory and Competition Law,* Edward Elgar.

GHOSAL, V., STENNEK, J. (eds.). 2007. *The Political Economy of Antitrust*, Elsevier.

JENNY, F. 2007. «Le rôle de l'analyse économique dans le contrôle exercé par la Cour de casation en matière de droit de la concurrence», en *Concurrences*, 4.

KAPLOW, L.; SHAPIRO, C. *Antitrust*, en POLINSKY; SHAVELL (2007).

KNIGHT, F. H.[1923]1935. «The Ethics of Competition», en *The Quaterly Journal of Economics*, vol. XXXII. Reproducido en KNIGHT ([1923]1935).

KNIGHT, F. H. [1923]1935. *The Ethics of Competition and Other Essays*, George Allen & Unwin Ltd.

LANDES, W.M.; POSNER, R. A. 1981. «Power in Antitrust Cases», en *Harvard Law Review*, vol 94.

MARTÍNEZ LAGE, S.; PETITBÒ, A. 2006. *El abuso de posición de dominio*. Fundación Rafael del Pino, Marcial Pons.

Ministerio de Economía y Hacienda. 2005. *Libro Blanco para la reforma del sistema español de defensa de la competencia*, Ministerio de Economía y Hacienda.

MOTTA, M. 2004. *Competition Policy. Theory and Practice*, Cambridge University Press.

NEUMANN, M.; WEIGAND, J. 2004. *The International Handbook of Competition*, Edward Elgar.

PETITBÒ, A. 2005. «*Libro Blanco*, concentraciones y análisis económico», en CASES (2005).

PETITBÒ, A. (en prensa). «La defensa de la competencia: Derecho y Economía», en *Fundamentos de Regulación y Competencia*, Ed. Iustel págs. 19-73.

PINDYCK, R. S.; RUBINFELD, D.L. [1995]2001. *Microeconomics*, 5ª ed., Prentice Hall.

POLINSKI, A. M., SHAVELL, S. (eds). 2007. *Handbook of Law and Economics*, vol 2, Elsevier.

POSNER, R. A. [1972] 1986. *Economic Analysis of Law*, 3ª ed., Little, Brown and Company.

PwC. 2012. *Modelo organizativo de las autoridades nacionales de regulación y competencia en España*. Telefónica de España.

PRESTON MCAFEE, R.; MIALON, H. M.; MIALON, S. H. 2007. «Private Antitrust Litigation: Procompetitive or Anticompetitive?», en GHOSAL, STENNEK (eds.). 2007.

REY, P. *et álii* 2006. «Un enfoque económico del artículo 82», en MARTÍNEZ LAGE, PETITBÒ (2006).

SCHERER, F. M., ROSS, D. 1990. *Industrial Market Structure and Economic Performance*, 3ª ed. Houghton Miffin Company.

SCHMALENSEE, R. 1982. «Another Look at Market Power», en *Harvard Law Review*, vol 95.

SERVICIO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA. 2006. *Informe Anual 2005*. Ministerio de Economía y Hacienda, Secretaría de Estado de Economía, Secretaría General de Política Económica y Defensa de la Competencia, Dirección General de Defensa de la Competencia.

TIROLE, J. [1988]1990. *La teoría de la organización industrial*, Ariel.

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA. 1995. *La competencia en España. Balance y nuevas propuestas*. Ministerio de Economía, Secretaría de Estado de Economía.

UTTON, M. A. 1995. *Market Dominence and Antitrust Policy*. Edward Elgar.

COLUSIÓN Y DISEÑO DE LAS LICITACIONES PÚBLICAS: ALGUNAS ENSEÑANZAS A LA LUZ DE LOS EXPEDIENTES SANCIONADORES DE LA CNC*

JUAN ESPINOSA GARCÍA
Subdirector de Relaciones con las Administraciones Públicas
en la Comisión Nacional de la Competencia

INMACULADA GUTIÉRREZ CARRIZO
Miembro del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia

1. Introducción

Los acuerdos restrictivos de la competencia entre oferentes de bienes y servicios distorsionan la dinámica competitiva del mercado en que tengan lugar. Como resultado, los consumidores obtienen en sus transacciones comerciales mayores precios y menor calidad de la que resultaría de procesos efectivamente competitivo y, a la vez, se reducen en gran medida los incentivos a la innovación y a la mejora dinámica de los procesos productivos de los operadores.

Estas prácticas, ya de por sí generadoras de un daño cualificado al bienestar económico general, revisten una particular gravedad en el ámbito de la contratación pública, al resultar perjudicados, a través de las Administraciones contratantes, los propios ciudadanos, en su doble vertiente de contribuyentes al erario y usuarios de los bienes y servicios públicos.

La presencia de acuerdos restrictivos de la competencia entre licitadores de contratos públicas no es cuestión novedosa; ya se refería a ella expresamente Bravo Murillo al dirigir a Isabel II el preámbulo del Real Decreto de 27 de febrero de 1852, de contratos de servicios públicos.[1] Así lo demuestra también la actividad

* Las opiniones vertidas por los autores, salvo cuando se consigne de manera diferente, son las suyas propias y no necesariamente representan las emitidas por la institución en la que prestan servicios.

1. Así comienza tal Real Decreto: «Señora: Autorizado competentemente por V.M., previo acuerdo del Consejo de Ministros, presentó el de Hacienda a las Cortes en 29 de diciembre de 1850 un proyecto de ley de contratos sobre servicios públicos, con el fin de establecer ciertas trabas saludables, evitando los abusos fáciles

sancionadora del Derecho de la competencia, tanto a nivel nacional como internacional, que ha acreditado la contumacia de tales conductas.

Las Administraciones Públicas, como agraviados directos de estas situaciones, tienen a su disposición el Derecho de la contratación pública y el Derecho de la competencia, para, respectivamente, prevenir y corregir y disuadir de tales prácticas.[2] Sin embargo, el actual contexto de estrechez económico-presupuestaria en el que se encuentra el sector público exige incrementar la sensibilidad de todos los agentes involucrados en el desarrollo de estos procesos hacia la gravedad de tales situaciones. Así, no solo se trata de cumplir y favorecer el cumplimiento de la Ley, sino de adoptar una actitud proactiva hacia la prevención de los cárteles en la contratación pública.

En los últimos años, las autoridades de competencia han dedicado documentos específicos a la finalidad de facilitar esta tarea a las entidades públicas y España no ha sido una excepción.[3] En particular, la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) publicó en febrero de 2011 su *Guía sobre Contratación Pública y Competencia* (en adelante, la Guía de la CNC). Se trata de un documento con una finalidad eminentemente práctica, dirigido fundamentalmente a órganos de contratación, que recuerda la necesidad de cumplir con la normativa de contratación pública en aquellos aspectos particularmente relevantes desde el punto de vista de la competencia y a la vez indica una serie de pautas favorecedoras de la competen-

---

de cometer en una materia de peligrosos estímulos, y de garantizar la Administración contra los tiros de la maledicencia. Consistía el primero en la confabulación de los licitadores ó en la introducción de un tercero en la licitación, con el fin de obligar a los demás á concederle una prima para evitar sus pujas. [...]».

2. Existen buenas razones para esta doble y separada respuesta del ordenamiento jurídico a la búsqueda del desarrollo de licitaciones públicas. Evidentemente, la falta de competencia en una licitación redunda en perjuicio de su resultado inmediato; de ahí que la normativa de contratación pública consigne como nucleares los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos. Pero una deficiente competencia en las licitaciones, consecuencia de acuerdos entre operadores, también restringe o distorsiona la competencia en el mercado en un sentido más amplio, teniendo en cuenta el conjunto de transacciones comerciales (en este caso, licitaciones) que se desarrollan en el mismo. Las relaciones entre los bienes jurídicos protegidos, los instrumentos disponibles y los elementos de conexión entre ambos ámbitos se han tratado extensivamente a nivel académico. Por todos, cabe citar la obra de SÁNCHEZ GRAELLS, A. 2011. *Public Procurement and the EU Competition Rules*. Hart Publishing. Oxford.

3. En el ámbito internacional, cabe destacar la reciente (17 de julio de 2012) Recomendación de la OCDE *Recommendation of the Council on Fighting Bid Rigging in Public Procurement*, renovando sus Directrices sobre la materia de 2009 (Guidelines onf Fighting Bid Rigging in Public Procurement). En España, la Autoridad Catalana de la Competencia (ACCO) publicó su *Guía para la prevención y detección de colusión en la contratación pública* en junio de 2010. También la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía introdujo recomendaciones de este tipo en su *Estudio sobre la Contratación Pública en la Comunidad Autónoma Andaluza desde el punto de vista de la competencia*, de octubre de 2010.
Referencias:

http://acts.oecd.org/Instruments/ShowInstrumentView.aspx?InstrumentID=284&InstrumentPID=299&Lang=en&Book=False.
http://www.oecd.org/daf/competition/cartelsandanti-competitiveagreements/42851044.pdf.
http://www20.gencat.cat/docs/economia/ACCO/Documents/Arxius/guia_prev_det_colusio_contracacio_publica_esp.pdf.
http://www.juntadeandalucia.es/defensacompetencia/export/sites/default/web_es/documentacion/Recomendaciones_CCCP-ADCA_14-01-2011_v.pdf.

cia que resultan complementarias al cumplimiento de tales normas. También pretende facilitar a los órganos de contratación la detección de colusiones en este ámbito y su actuación en consecuencia.

En lo que respecta a sus recomendaciones sobre el diseño de los contratos públicos, entre los objetivos perseguidos por la Guía de la CNC se encuentra el de reducir el riesgo de colusión ya en el propio diseño del contrato.[4] La razón para ello es que, desgraciadamente, la práctica demuestra que en muchas ocasiones son las propias Administraciones las que generan o permiten, a menudo de manera involuntaria, dicho riesgo.

De hecho, determinadas resoluciones que el Consejo de la CNC ha adoptado desde la aprobación de la Guía, en las que se ha declarado la existencia de prácticas restrictivas de la competencia en el ámbito de las licitaciones públicas, pueden servir para verificar la aplicabilidad de este tipo de recomendaciones de la Guía, o, más precisamente, los riesgos derivados de no seguirlas.

La presente contribución pretende precisamente, apoyándose en dos de estas resoluciones, en concreto *Licitaciones de Carreteras*[5] y *Transporte Ayuntamiento de Las Palmas*,[6] ilustrar la importancia del diseño de las licitaciones para favorecer la competencia y evitar la colusión. Para ello, en la sección 2 se analizan las características de los mercados que deben hacer que las entidades públicas estén más alerta sobre el objetivo de reducir o eliminar el riesgo de colusión a la hora de diseñar sus licitaciones. En la sección 3 se repasa en qué medida el contexto de mercado en tales resoluciones presentaba estos elementos. En la sección 4 se ilustran una serie de recomendaciones de la Guía a la luz de los procesos de contratación pública de los expedientes analizados. En la sección 5 se concluye.

2. Prevenir la colusión en licitaciones

Como es sabido, la persecución de los cárteles en España es tarea de las autoridades de defensa de la competencia y, en particular, de la CNC, quien ha declarado que esta es precisamente una de sus prioridades. Sin perjuicio de ello, en el ámbito de las licitaciones públicas las Administraciones Públicas convocantes tienen un papel extraordinariamente importante que desempeñar, tanto a la hora de prevenir dichas prácticas como de detectarlas.

4. Existe otro objetivo, no necesariamente instrumentado por las mismas recomendaciones destinadas a reducir el riesgo de colusión, que no presupone la existencia de acuerdos restrictivos de la competencia entre participantes sino que pretende obtener el mejor resultado posible para las entidades públicas a través del mecanismo competitivo. Por ejemplo, promoviendo la traslación del «máximo esfuerzo» de los licitadores a las ofertas que preparan, la eliminación de ventajas asimétricas a favor de operadores concretos y la generación de suficientes oportunidades de competir a partir de la salida a licitación de los distintos bienes y servicios con periodicidad suficiente.

5. RCNC de 19 de octubre de 2011, Expediente S/0226/10–Licitaciones de carreteras.

6. RCNC de 25 de octubre de 2012, Expediente SA/CAN/0012/11–Transporte Ayuntamiento Las Palmas.

Así, en cuanto a la prevención, deben diseñar las condiciones de desarrollo de los procedimientos de manera que se desincentive la posibilidad (o el éxito) de coludir.

En lo que respecta a la detección de los cárteles, las entidades públicas convocantes de licitaciones están en una posición particularmente útil para detectar indicios de que tales prácticas están sucediendo, dado su contacto con las condiciones ofertadas por los licitadores en los distintos procesos convocados y el desarrollo de dichos procesos. Así lo reconoce la Disposición Adicional 23.ª del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP[7]) cuando insta a los órganos de contratación a poner en conocimiento de la CNC cualesquiera hechos de los que tengan conocimiento en el ejercicio de sus funciones que puedan constituir infracción a la legislación de defensa de la competencia.[8] Esta función activa, de hecho, es previsible que se potencie en el futuro, en la medida en que la propuesta de modificación de las vigentes directivas comunitarias sobre contratación pública incluye, dentro de los motivos para que el órgano de contratación valore la exclusión de los licitadores, la constatación de la existencia de acuerdos destinados a distorsionar la competencia.[9]

Ambas tareas, prevención y detección, revisten una importancia fundamental. Pero aquí queremos subrayar la importancia que tiene la labor que los órganos de contratación pueden realizar en materia de prevención. Evidentemente, siempre resulta menos costoso, desde un punto de vista del gasto público y desde luego del daño al mercado, evitar una práctica dañina que perseguirla.

Si las empresas licitadoras se reparten una serie de concursos y pactan el precio a ofrecer, por ejemplo, limitando la reducción que ofrecen con respecto al precio de referencia que da la Administración, el resultado final es que la competencia en el mercado se habrá visto distorsionada y se habrá pagado más dinero público por ese servicio. Sin duda, la persecución efectiva de este tipo de prácticas es fundamental desde el punto de vista de la disuasión. Pero su prevención es todavía más deseable. Si se evitan estas prácticas, el órgano de contratación pagará menos por

7. Aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

8. DISPOSICIÓN ADICIONAL VIGÉSIMA TERCERA. Prácticas contrarias a la libre competencia.
Los órganos de contratación, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado y los órganos competentes para resolver el recurso especial a que se refiere el artículo 40 de esta Ley notificarán a la Comisión Nacional de la Competencia cualesquiera hechos de los que tengan conocimiento en el ejercicio de sus funciones que puedan constituir infracción a la legislación de defensa de la competencia. En particular, comunicarán cualquier indicio de acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela entre los licitadores, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en el proceso de contratación.

9. Ver *Propuesta para una Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre contratación pública*. Texto de compromiso de la Presidencia del Consejo/versión consolidada, Bruselas, 24 de julio de 2012. De acuerdo con el artículo 55 apartado 3 de la Propuesta: «Contracting authorities may exclude or may be required by Member States to exclude from participation in a procurement procedure any economic operator in any of the following situations: [...] (d) where the contracting authority can demonstrate that the economic operator has entered into agreements with other economic operators aimed at distorting competition».

el bien o servicio u obtendrá unas mejores condiciones, lo cual repercutirá de forma positiva en los usuarios y, en última instancia, en el contribuyente.

Por ello es importante que, a la hora de convocar una licitación, la Administración tenga en cuenta que su diseño debe evitar o, al menos, no facilitar inconscientemente el funcionamiento de este tipo de acuerdos.

La CNC utilizó en la Guía, de manera consciente, un enfoque sencillo y directo para hacer llegar a los distintos órganos de contratación sus recomendaciones con objeto de promover la competencia en los procesos de contratación. Obviamente no todas las recomendaciones son trasladables a un caso concreto simultáneamente, ni todas ellas resultan igual de importantes a la hora de valorar su adopción. Es por ello que, a la hora de implementar las recomendaciones de la Guía, resulta fundamental que los órganos de contratación valoren, con carácter previo, las condiciones de mercado en las que se están sustanciando los procedimientos que convocan a la hora de proveer un determinado bien o servicio. De ellas dependerá, en buena medida, la decisión sobre las recomendaciones concretas que se adopten en cuanto a su diseño.

En esta contribución, como hemos dicho, nos centraremos en analizar las recomendaciones de diseño más convenientes, a la luz de la experiencia práctica reciente, para reducir el riesgo de colusión en las licitaciones. Siendo este el objetivo, resulta indispensable que los poderes adjudicadores, en general, y los órganos de contratación, en particular, observen y analicen el mercado para detectar la existencia de elementos en su estructura que posibiliten y/o incentiven que los oferentes de tales bienes y servicios, en principio competidores entre sí, alcancen acuerdos restrictivos de la competencia; por ejemplo, un acuerdo de fijación de precios o un reparto de mercados. En la medida en que las licitaciones que convoca un determinado órgano de contratación suelen dirigirse a un determinado sector, este ejercicio se basa en su conocimiento de los mercados relativos a los bienes y servicios que demanda.

La teoría económica se ha encargado de consignar y analizar tales factores, tanto con carácter general como en relación con los mercados de licitaciones en particular.[10] La propia Guía de la CNC se hace eco de los más importantes. Estos

10. En relación con los factores de mercado que facilitan la colusión con carácter general, procede referir el documento de IVALDI *et álii*. 2003. *The economics of tacit collusion*. IVALDI, M.; JULLIEN, B.; REY, P.; SEABRIGHT, P.; TIROLE, J. IDEI. Toulouse. Final Report for DG Competition, European Commission:
http://ec.europa.eu/competition/mergers/studies_reports/the_economics_of_tacit_collusion_en.pdf.
En relación con la presencia de factores de colusión en mercados de subastas, Paul KLEMPERER ha escrito extensivamente; por todos, KLEMPERER, P. 2005. *Bidding Markets*, UK Competition Commission:
http://www.competition-commission.org.uk/assets/competitioncommission/docs/pdf/non-inquiry/our_role/analysis/bidding_markets.
Finalmente, por lo que respecta a las características favorecedoras de la colusión que hacen referencia exclusiva a los mercados de licitaciones públicas, un reciente artículo de Alberto ALEMANNO (26 de octubre de 2012) se centra en analizar la transparencia que dimana de las obligaciones de información a los participantes de la normativa de contratación pública, y al menor incentivo de los operadores miembros de un cártel a desviarse del acuerdo en relación con otro tipo de mercados, al ser una característica de los mercados de contratación pública que las cantidades a licitar están fijadas *ex ante* y en consecuencia las ganancias derivadas de

indicadores están relacionados con: la facilidad para que las empresas de un mercado se comporten coordinadamente, sin necesidad incluso de acuerdo explícito entre ellas (por ejemplo, mediante una excesiva transparencia en el comportamiento comercial de las empresas); sus incentivos a comportarse coordinadamente (en la medida en que las ganancias a largo plazo de la colusión sean mayores que las ventajas a corto plazo de competir independiente y agresivamente en una licitación concreta); y la posibilidad que tengan el resto de miembros del acuerdo de corregir o castigar las desviaciones, en su caso, a dicho comportamiento coordinado.

De una manera más sistemática, podemos mencionar los siguientes factores a tener en cuenta:

— *Número y frecuencia de las interacciones o transacciones del mercado* (es decir, de las licitaciones): cuanta más repetición, más posibilidades de colusión.
— *Presencia de competidores que frecuentemente se presentan a las licitaciones de un mercado.* El hecho de que haya un conjunto de empresas «habituales» en las licitaciones de un determinado sector u órgano de contratación puede hacer posible la colusión. El hecho de que se enfrenten en licitaciones periódicamente facilitará que puedan llegar a acuerdos de manera que, como se decía antes, las ganancias de coludir en un conjunto de licitaciones sean mayores que las ventajas a corto plazo de competir en una licitación concreta.
— *Número de empresas y, en particular, de empresas «habituales».* Cuanto más reducido sea el número de empresas que se presentan a un tipo de licitaciones con regularidad, más fácil puede ser organizar el funcionamiento del cártel.
— *Barreras a la entrada que dificulten la presencia de potenciales competidores en el mercado.* Además del número de competidores que efectivamente se suelen presentar hay que tener en cuenta cómo es de factible que se presenten otros si perciben que las rentas que están obteniendo los operadores ya presentes son atractivas. Puede haber barreras que lo impidan, que pueden ser endógenas a los procedimientos de licitación o bien más amplias, relacionadas con las características del mercado (ventajas de incumbente, tamaño eficiente...)
— *Grado de transparencia en el mercado.* En qué medida las empresas son capaces de hacer un seguimiento las unas de las otras de su comportamiento a lo largo del tiempo. Cuanto más capaces sean, mayor el riesgo de que coludan.
— *Fluctuaciones de demanda.* Cuanto más previsible la evolución del mercado, más propensión a la colusión.

---

competir por configurarse como proveedores se limitan en mayor medida. Ver ALEMANNO, A. 2012. «Cartels in Public Procurement», en *Journal of Competition Law & Economics* 8(3): 1-14: http://jcle.oxfordjournals.org/content/early/2012/10/25/joclec.nhs028.full.

— *Simetría entre empresas.* Cuanto más parecidas son las empresas, más parecidas son también las ganancias que pueden obtener si se ponen de acuerdo y, por tanto, mayor probabilidad de que lo hagan. Es importante tener presente, no obstante, que no se trata de que todas sean iguales o ganen lo mismo. Lo que se debe analizar es si, dadas sus características, para cada una de las empresas puede resultar a largo plazo más rentable llegar a acuerdos que competir.
— *Grado de diferenciación cualitativa de los (mismos) productos.* Por las mismas razones que se han expuesto en el punto anterior, cuanto menor sea la diferencia en calidad[11] entre los productos y servicios que ofrece las empresas, mayor el riesgo de colusión. Por ejemplo, si una de las empresas es superior al resto en calidad y tiene posibilidades de ganar reiteradamente, difícilmente le va a interesar coludir para repartirse las licitaciones con el resto.
— *Vínculos estructurales o cooperativos entre las empresas.* Cuanto mayor sea el grado de relación entre las empresas que se presentan a la licitación, mayor será su capacidad de llegar a acuerdos.

La presencia de estos elementos no es condición necesaria ni suficiente en sí misma para determinar que existe un cártel en relación con un conjunto determinado de licitaciones por determinados bienes o servicios. Sin embargo, en función de que, tras el mencionado análisis, un cierto número de estos factores estuviesen presentes en el mercado en el que se sustancian las licitaciones en cuestión, el órgano de contratación debería ser particularmente sensible al objetivo de disminuir el riesgo de colusión entre los licitadores y priorizar las recomendaciones más directamente relacionadas con tal propósito. O dicho de una manera más secuencial: no introducir, en primer lugar, elementos en el diseño del contrato que incrementen los riesgos de colusión; e introducir, seguidamente, elementos que la impidan o desincentiven ulteriormente.

3. Algunos ejemplos de colusión en licitaciones

La CNC ha resuelto recientemente algunos casos de colusión en materia de licitaciones públicas que pueden ayudarnos a ilustrar cómo analizar las características de un mercado a la hora de valorar el riesgo de que se produzca colusión en el

11. Hablamos de diferenciación «vertical»: que básicamente existan empresas que oferten el mismo bien o servicio a diferentes calidades. La que tenga más calidad tiene incentivos a salirse del cártel. En realidad, es un trasunto de la asimetría en costes.
Si tal diferencia en calidad se refiere a que son productos distintos o poco sustituibles, los efectos sobre existencia de colusión pueden ser más contradictorios: por un lado, mayor posibilidad de reparto derivada de una menor expugnabilidad relativa (lo cual aumentaría el riesgo de colusión), pero por otro menos posibilidad de represalia al salirte del acuerdo (allí donde quieras competir con los otros miembros del cártel) porque con arreglo a las diferencias de calidad estos últimos no pueden represaliarte tan fácilmente.

mismo porque las empresas tengan un incentivo y la capacidad para llegar a acuerdos de fijación de precios o de reparto de mercado. También pueden ser útiles para ejemplificar cómo el diseño de la licitación puede incidir de manera importante en ese incentivo y, sobre todo, en la capacidad de las empresas para coludir.

En particular, presentaremos dos casos que afectan a sectores distintos. El primero tiene que ver con licitaciones en materia de reparaciones de carreteras en toda España.[12] El segundo, con el servicio de transporte de viajeros para actividades lúdicas, deportivas, socioculturales y socioeducativas de Las Palmas de Gran Canaria.[13] En ambos casos el Consejo de la CNC ha dictado sendas resoluciones en las que ha declarado la existencia de infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007 y ha impuesto sanciones por ello. Conviene destacar que en el momento de escribir este artículo, ninguna de las dos resoluciones es firme, si bien entendemos que ello no afecta al análisis de las condiciones de los respectivos mercados y licitaciones que es lo que a los efectos del presente artículo se pretende analizar.

3.1. Licitaciones de reparación de carreteras

El expediente hace referencia al sector de la renovación y rehabilitación de firmes y plataformas (carreteras, autovías, etc.). Este tipo de obras se contrata por diferentes Administraciones Públicas, el Ministerio de Fomento o las Consejerías de las respectivas Comunidades Autónomas, dependiendo de cuál sea la autoridad que tiene la competencia, dependiendo del tipo de vía.

Para su contratación las Administraciones Públicas y, en la medida en que les resulte aplicable, el resto de entidades del sector público, recurren a procedimientos de licitación de acuerdo con el vigente TRLCSP.[14] Los procedimientos ordinarios para la adjudicación de estas obras son el procedimiento abierto y el procedimiento restringido. El procedimiento abierto (arts.157 a 161 del vigente TRLCSP) se caracteriza por permitir que cualquier empresario clasificado para desarrollar el tipo de obra solicitada pueda presentar una proposición y convertirse en licitador del contrato, no permitiéndose la negociación de los términos contractuales. En el procedimiento restringido (arts. 162 a 168 del vigente TRLCSP) se exige que, antes del anuncio de licitación, el órgano contratante establezca unos criterios objetivos de solvencia, en base a los cuales seleccionará a un mínimo de cinco candidatos que podrán presentar ofertas. Estos criterios objetivos de solvencia hacen referencia a la solvencia económica y financiera y a la solvencia técnica.

12. Ver nota a pie 7.

13. Ver nota a pie 8.

14. Este Texto Refundido, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 16 de noviembre, sustituyó a la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), en vigor desde el 2 de mayo de 2008, que resulta en general aplicable a las licitaciones objeto de la resolución analizada.

La clasificación requerida habitualmente para contratar en licitaciones cuyo objeto es una obra de rehabilitación o refuerzo de firmes y plataformas es la clasificación G4f: G (grupo: viales y pistas); 4 (subgrupo de actividad: «con firmes de mezclas bituminosas»), y f (presupuesto de la obra contratada, o anualidad media si el contrato es superior al año: a partir de 2.400.000 euros). También en alguna ocasión se requiere la clasificación G5f. El 5 responde al subgrupo de actividad «señalizaciones y balizamientos viales».

El número de empresas que tiene o está en condiciones de obtener esta clasificación es elevado, lo que supone que la oferta de estos servicios se encuentra relativamente atomizada. Junto a empresas de mayor tamaño que operan a escala nacional, existen numerosos operadores de ámbito local y dimensiones reducidas. Según cifras del Ministerio de Fomento a nivel nacional entre 2007 y 2009 se licitaron 141 obras de conservación, mejora, renovación y rehabilitación de firmes y plataformas, en los que se presentaron un total de 380 empresas. Obran también en el expediente cifras correspondientes al mismo periodo referentes al ámbito de Castilla y León, donde se licitaron 25 obras de conservación, mejora, renovación y rehabilitación de firmes y plataformas, a las que se presentaron un total de 52 empresas. Pero se observa que, pese al grado de atomización, hay una serie de empresas que aparecen de manera reiterada en los concursos analizados, especialmente en los restringidos.

Para la realización de este tipo de obras se emplea, además de maquinaria, mezclas bituminosas, entre otros materiales. Algunas empresas se encuentran verticalmente integradas, esto es, prestan servicios de rehabilitación y refuerzo de firmes empresas que a su vez producen los asfaltos y pertenecen a grupos de mayor envergadura.

Las empresas cuyas instalaciones se encuentran próximas al lugar en el que han de realizarse las obras de rehabilitación pueden contar por ello con una cierta ventaja comparativa de costes en la licitación. No es infrecuente tampoco que presenten ofertas a las licitaciones empresas integradas en UTE que buscan complementar sus capacidades o aprovechar la ventaja competitiva del socio local.

Tanto en el procedimiento abierto como en el restringido, el procedimiento para la selección del ganador en las licitaciones de este tipo de obra es similar al de una subasta. Como las características del servicio que pueden prestar las diferentes empresas no son muy diferentes, el único criterio valorable de forma objetiva a considerar para la adjudicación del contrato suele ser el precio. La Administración fija un precio máximo de adjudicación y a partir de él las empresas realizan pujas a la baja, de manera que gana aquella oferta que presente la baja mayor, esto es, el precio más reducido.

Un aspecto relevante en la adjudicación es la posible existencia de «bajas temerarias». Cuando las ofertas presenten valores anormales o desproporcionados con respecto al resto de ofertas recibidas podrán descartarse (artículo 152 del actual TRLCSP). En la práctica, el límite que se suele establecer para considerar que una oferta económica incurre en una «baja temerari» se sitúa entre un 10% y un 20%

por debajo de la oferta media de la licitación, pero este porcentaje depende de la autoridad convocante.

Dada la necesidad de renovar y reparar el firme periódicamente en las diferentes vías, el resultado es que estamos ante licitaciones que se convocan periódicamente por las diferentes Administraciones. No es infrecuente que una misma Administración convoque al tiempo varias licitaciones para la reparación de diferentes vías.

De ello se deduce que estamos ante una actividad en la que las licitaciones se producen repetidamente y hay un grupo estable de empresas, no tan numeroso, que participa en ellas. Este rasgo es especialmente acusado en las licitaciones que se convocan por el procedimiento restringido, donde las barreras de entrada son mayores al estar limitado el número de empresas que finalmente formulan una oferta. El producto que ofrecen estas empresas es relativamente homogéneo, de manera que las diferencias entre ellas provienen fundamentalmente del tamaño del grupo al que pertenezcan y de la ubicación de sus plantas. A pesar de estas diferencias, existe un claro incentivo entre las empresas a limitar el importe de las bajas que ofertan. Se trata además de un mercado con un elevado grado de transparencia, puesto que es posible hacer un seguimiento de quién se presente a qué, qué ofrece por ello y qué licitaciones gana. Esta transparencia es todavía más acusada *ex ante* en los procedimientos restringidos.

En el expediente quedó acreditada la existencia de un cártel entre determinadas empresas que acordaban la puja a realizar en determinadas licitaciones convocadas por el procedimiento restringido. De los hechos acreditados en el expediente se deduce que empresas seleccionadas en estos procedimientos mantenían contactos y se reunían para intercambiarse información sobre las bajas que tenían previstas. A partir de ello, acordaban cuál sería el importe de la baja ganadora así como el del resto de ofertas.

De esta forma, la empresa ganadora obtenía un mayor presupuesto para la obra a costa de que la Administración pagara un precio mayor. La empresa ganadora compensaba económicamente al resto de competidores en la licitación por presentar sus ofertas modificadas. Algunos de los pagos acordados fueron detectados en las contabilidades de empresas involucradas en los acuerdos. También se obtuvo evidencia de los pagarés emitidos entre empresas a modo de compensación.

En el expediente se considera acreditada la existencia de acuerdos para modificar las ofertas de al menos catorce licitaciones públicas de mejora, renovación y rehabilitación de firmes y plataformas convocados en todo el territorio nacional en el periodo 2007-2009. El Consejo de la CNC sancionó por esta conducta a más de 40 empresas, aunque solo un número reducido de ellas participaron en todas o casi todas las 14 licitaciones.

De acuerdo con los datos que obran en el expediente, de las 141 licitaciones del periodo señalado, 53 se celebraron por el procedimiento restringido o previa invitación. Se observa que el número de participantes es mucho mayor en el caso de las subastas por procedimiento abierto: 30 de media en estas subastas frente a

8 en el caso de subastas mediante procedimiento restringido. El importe de las licitaciones es muy variado en ambos casos, sin que se observe ninguna diferencia apreciable entre unas y otras. El importe medio es similar: 8,5 millones de euros en las de procedimiento abierto frente a 8 millones de media en las de procedimiento restringido. No se observan perfiles distintos entre los participantes. Dicho en otros términos, las empresas que se presentan a las subastas restringidas también aparecen con frecuencia en subastas abiertas. Esto incluye a muchas de las empresas imputadas en este expediente.

En cambio, se observa que las bajas son ostensiblemente más elevadas en el caso de las subastas abiertas. Frente a una reducción media del 18,23% en el caso de las subastas abiertas, las subastas restringidas presentan una baja media del 6,02%. La baja media ganadora se sitúa en 26,35% en el caso de las subastas abiertas y en 9,08% en el caso de las restringidas.

Las mismas empresas ofrecen bajas muy diferentes en subastas similares dependiendo de que se hayan celebrado por el procedimiento abierto o el restringido.

3.2. Transporte de viajeros para actividades sociales en Las Palmas de Gran Canaria

La actividad objeto del concurso público analizado en el presente expediente es un submercado del transporte terrestre de pasajeros. Concretamente, la referente a la convocatoria de un concurso, por procedimiento abierto, para la licitación pública del servicio de transporte de viajeros para actividades lúdicas, deportivas, socioculturales y socioeducativas del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria.

El Artículo 48 de la Ley 13/2007, de 17 de mayo, de Ordenación del Transporte por carretera de Canarias, relativo a la adjudicación de los servicios, establece que:

> Con carácter general, los servicios serán prestados en régimen de concesión administrativa y adjudicados por el procedimiento de concurso público por el órgano administrativo competente, en la forma que establezca la legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas, esta Ley y sus normas de desarrollo.

Las bases del concurso del Ayuntamiento de Las Palmas establecían que, para poder prestar el servicio ofertado en la licitación del concurso, las empresas debían disponer de un número suficiente de vehículos, así como de un garaje donde estacionarlos.

La licitación objeto de la denuncia tenía un presupuesto de 524.000 € (131.100 € anual) para una duración de 4 años. Cada uno de los servicios de transporte concretos a prestar se organiza tras las solicitudes recibidas y valoradas en los Centros Municipales de Servicios Sociales, que luego serán trasladas a las empresas licitadoras. El servicio es finalmente solicitado por el ayuntamiento a la empresa ganadora de la licitación, se trata de solicitudes una a una.

De acuerdo con la información que obra en el expediente se observa que se han tramitado un total de 4 expedientes de contratación similares en los años 2002, 2005 y 2008, respectivamente, cuyas características son:

En la licitación de 2002, se contemplaban duraciones contractuales para la prestación del servicio bianuales con prórroga de igual duración hasta un total de cuatro años. Acudió solo un licitador bajo la fórmula de UTE. Las empresas de la UTE fueron 6, siendo el adjudicatario esa UTE, representada por una persona física, gestor y representante de la empresa Comfort Turistour, S. L., denunciante en el expediente analizado.

En la licitación de 2005, se contemplaban duraciones contractuales para la prestación del servicio bianuales con prórroga de igual duración hasta un total de cuatro años. Acudió solo un licitador bajo la fórmula de UTE. Las empresas de la UTE fueron Autarca (una de las actuales denunciadas) y Autobuses Hernández, siendo el adjudicatario la UTE, representada por la misma persona física, gestor y representante de Comfort Turistour, S. L., la empresa denunciante en el expediente considerado.

En la licitación de 2008, se contemplaban duraciones contractuales para la prestación del servicio anual con prórroga de igual duración hasta un total de dos años. Acudió solo un licitador, el gestor y representante de Comfort Turistour, S. L., la empresa denunciante en este expediente.

En la licitación de 2010, se contemplaban duraciones contractuales para la prestación del servicio de cuatro años con una prórroga de 2 años. El pliego de cláusulas administrativas establece que los criterios que sirven de base para la adjudicación son la propuesta económica, con una ponderación del 80% y el número de plazas disponibles para el desplazamiento de personas con discapacidad, con una ponderación del 20%. Se contempla la posibilidad de subcontratar con terceros la realización de la prestación hasta un porcentaje que no exceda del 60% del importe de adjudicación. No obstante, «El contratista deberá comunicar anticipadamente y por escrito al Ayuntamiento la intención de celebrar el subcontrato o los subcontratos, con una anticipación de 5 días hábiles».

El Pliego Técnico establece que «las empresas licitadoras formularán sus proposiciones referidas a la totalidad de los servicios, relacionados en el anexo I, indicando precios según las plazas de los vehículos y trayectos y/o desplazamientos.» En el Anexo de este Pliego técnico se contemplan 1) Desplazamientos urbanos e interurbanos, con combinaciones de 91 rutas diferentes con 5 tipos de autobuses; 2) Traslados por excursiones, con combinaciones de 34 destinos con las mismas 5 capacidades de vehículos, y 3) Traslados por excursiones específicas, con 56 destinos con las 5 capacidades de vehículos. En resumen, la oferta económica de los licitadores está compuesta por un total de 902 servicios con precios diferentes.

De nuevo, estamos ante un tipo de servicios que se licitan periódicamente. A ello debe unirse el hecho de que probablemente otros ayuntamientos de la isla pueden convocar concursos similares, aunque probablemente de inferior envergadura. Suelen participar las mismas empresas, asociadas con frecuencia en forma de UTE. Se trata

además de un número reducido de empresas, relativamente similares, aunque existen ciertas diferencias de tamaño. Existen barreras de entrada naturales como consecuencia del hecho de que se trata de la oferta de servicios que, aunque requiere fundamentalmente disponer de bienes muebles, deben estar destinados a atender las necesidades del servicio en una isla concreta. El grado de transparencia sobre las condiciones económicas es elevado y el servicio es relativamente homogéneo, en buena parte como consecuencia de los propios requerimientos que el Pliego de condiciones impone.

A la convocatoria acudieron 5 licitadores, uno de ellos bajo la fórmula de UTE formada por dos empresas. Consta acreditado en le expediente que, en tres de las cinco ofertas presentadas, los 902 precios que conforman la oferta económica eran exactamente iguales. Asimismo, cabe resaltar que en dos de los tres casos, las ofertas económicas tienen exactamente la misma redacción, contando incluso con igual error ortográfico.

Los precios máximos de licitación ofrecidos por el Ayuntamiento de Las Palmas en el concurso para la contratación del servicio de transporte objeto de este expediente fueron los precios de adjudicación del anterior expediente de contratación del año 2008, pero no se observa ninguna similitud con los precios contenidos en las ofertas económicas de los licitadores al concurso en cuestión, ya que los precios de licitación son precios de referencia, sobre los que se hicieron ofertas a la baja, todos ellos inferiores al máximo de licitación.

Una de estas tres empresas resultó adjudicataria del concurso por ofertar un mayor número de plazas para discapacitados. No se ha observado que subcontratara en favor de las otras dos ninguno de los servicios, pero el Consejo de la CNC subraya que ello puede deberse al hecho de que los hechos se denunciaran ante las autoridades de la competencia, y ante la propia administración licitadora, antes incluso de que se resolviera el concurso. La denuncia fue presentada por Comfort Turistour, S. L., una de las empresas participantes en la licitación y que en ocasiones anteriores había resultado adjudicataria del contrato de prestación de este tipo de servicios.

4. Aspectos de interés en el diseño de los contratos

A continuación resaltamos algunas de las recomendaciones de la Guía de la CNC que, a la vista del contexto fáctico puesto de manifiesto en las mencionadas resoluciones, resultan particularmente interesantes a la hora de evitar o desincentivar la colusión en las licitaciones públicas desde el diseño de los procesos de licitación.

4.1 El procedimiento escogido

El procedimiento que se elija para desarrollar la licitación puede tener importantes implicaciones para la competencia. Para propiciarla, debe optarse por procedi-

mientos que restrinjan la participación lo menos posible y asegurar la suficiente publicidad de la celebración de la licitación. Ello dificulta el surgimiento de un acuerdo entre los oferentes y, de existir este, permite la entrada de operadores no habituales que pueden desestabilizarlo.

En este sentido, el procedimiento abierto favorece la presentación efectiva de ofertas por parte de todos los operadores potencialmente interesados y a la sazón solventes y capaces de realizar la prestación de que se trate. Ello frente al procedimiento restringido, en el que la presentación de la oferta está sujeta a una selección previa en atención, si atendemos al TRLCSP, a criterios de solvencia (si bien el anuncio de licitación es público); el negociado, en que es el órgano de contratación el que toma la iniciativa de contactar con los oferentes que considere; o el diálogo competitivo, que se basa igualmente en una preselección cerrada de operadores con los que ir perfilando el contenido definitivo del contrato.

En los otros procedimientos distintos del abierto, los oferentes conocen que su número de competidores es limitado. Ello facilita el acuerdo entre los preseleccionados, y, si este ya existiese con anterioridad, limita su expugnabilidad al restringir la posibilidad de operadores «extraños». Incluso permite a los participantes «filtrar» las ofertas externas de manera más sencilla, por ejemplo. haciéndolas incurrir en temeridad mediante precios de cobertura que eleven los descuentos medios. También facilita, además del seguimiento tácito y recíproco del comportamiento de los miembros, el conocimiento de la existencia de operadores alternativos que puedan suponer una amenaza para el acuerdo. Todo ello propicia excedentes de renta, en forma de precios de adjudicación más altos, a repartir por los miembros.

Lo anterior no significa establecer una obligación incondicional de utilizar el procedimiento abierto, pues el propio TRLCSP y las normas comunitarias, atendiendo a razones de eficacia y agilidad administrativa, permiten otros (en el caso del negociado, sujeto a que se verifiquen determinados requisitos). Lo que debe demandarse es que la elección de otro procedimiento distinto se justifique rigurosamente.[15]

La resolución *Licitaciones de carreteras* permite comprobar los peligros de tal falta de justificación. La propia resolución expone que existe una gran oferta de empresas dedicadas a la reparación y conservación de carreteras, quedando acredi-

15. Sobre la importancia de esta justificación al principio de procedimientos abiertos en otras jurisdicciones y su grado de exigibilidad, para conducir a la presentación de un número suficiente de ofertas, pueden consultarse distintos documentos de la Government Auditing Office estadounidense, que viene desarrollando un trabajo sistemático de concienciación a las agencias gubernamentales en tal sentido y consignando determinadas malas prácticas. Por ejemplo, su informe de junio de 2010 *FEDERAL CONTRACTING: Opportunities Exist to Increase Competition and Assess Reasons When Only One Offer Is Received*, en el que se recomiendan determinadas medidas para reforzar la justificación del otorgamiento directo del contrato con base en la existencia de una sola oferta. Ver en particular el apartado «Recommendations for executive action» (pág. 44), en el que se recomienda a la Agencia Central de Contratación: «Determine whether the FAR [NA: Federal Acquisition Regulation] should be amended to require agencies to regularly review and critically evaluate the circumstances leading to only one offer being received for recurring or other requirements and to identify additional steps that can be taken to increase the likelihood that multiple offers will be submitted, with the results of the evaluation documented in the contract file».

http://www.gao.gov/assets/310/308881.pdf.

tado en el expediente el alto número agregado de operadores que se habían presentado a las licitaciones del Ministerio de Fomento y a las autonómicas. En este contexto, los procedimientos restringidos servían de filtro para facilitar la organización y el seguimiento del acuerdo.

Sin embargo, los motivos por los que la Administración convocante utilizaba el procedimiento restringido frente a aquellos otros casos en que el procedimiento era abierto no quedaron claros, toda vez que los importes medios y las características técnico-económicas de los participantes eran similares en ambos grupos de licitaciones.

4.2 El tamaño de la licitación y su posible fragmentación

Con frecuencia, resulta posible fraccionar la prestación de un bien o servicio, bien en distintas licitaciones independientes, bien en varios lotes dentro de un mismo procedimiento.

En principio, sin considerar la posibilidad de colusión, la decisión de segmentar la prestación de un bien servicio a la hora de licitarlo atiende a determinadas consideraciones, hasta cierto punto contrapuestas. Por un lado, perseguir la máxima eficiencia en la prestación del bien o servicio puede jugar a favor de lotes grandes o incluso únicos. De esta forma, se favorece una competencia más «agresiva» en la licitación y, en su caso, la generación de economías de escala en la prestación del servicio.

Por otro lado, con la creación de lotes se puede reducir el impacto de una licitación única sobre la dinámica del mercado, en particular en contextos en que existen muy pocos demandantes o incluso uno solo. Los lotes fomentan la participación (en particular, de empresas de menor tamaño) y evitan asimetrías excesivas que pudiesen dificultar la expugnabilidad futura del adjudicatario de la concesión y coloquen en una situación de excesiva dependencia a la administración demandante, en particular si los costes del cambio de proveedor son elevados.

Cualquiera que sea el objetivo, para evitar la colusión se deben observar una serie de cautelas.

Así, si se pretende seccionar la licitación en lotes, su número no debería asimilarse al número de participantes creíbles previstos, debiendo ser en principio menor. No obstante, hay ocasiones en que esto no es posible o conveniente por otras razones, en cuyo caso puede tener sentido incluso segmentar en mayor número de lotes. Por otra parte, si el grado de simetría existente entre las empresas es elevado (tamaño, costes), puede tener sentido configurar lotes de distinta importancia relativa.

De la misma manera, escoger un solo lote correspondiente a la totalidad de la licitación también puede incentivar la colusión entre operadores, si el tamaño de la prestación no se puede desarrollar plenamente por ninguno de los potenciales competidores, de manera que se esté forzando a todos o a algunos de ellos a cons-

tituir alguna forma de acuerdo cooperativo. Estos pueden desarrollarse ,bien a la hora de presentarse a la licitación[16] o bien con posterioridad, mediante la subcontratación.

En particular, habrá más propensión a recurrir a la subcontratación cuando la importancia económica de la prestación sea considerable. En estos casos, el órgano de contratación debe tener en cuenta la configuración de la oferta a la hora de ponderar el recurso a la subcontratación y el grado en que esta se permite. Este instrumento facilita, en particular, la entrada de pequeñas y medianas empresas en la ejecución de los contratos públicos, pero también diluye la tensión competitiva por la licitación y permite instrumentar más fácilmente las compensaciones entre los miembros del acuerdo. De ahí que el propio TRLCSP en su artículo 227 permita al órgano de contratación limitarla en los pliegos, y aplica un límite relativo a esta (si bien ciertamente generoso: el 60% del total) que rige en defecto de especificación en el pliego.

El caso *Transporte Ayuntamiento de Las Palmas* ilustra gráficamente sobre los efectos de una licitación indivisible sobre la organización de la oferta en UTE y subcontrataciones. Sistemáticamente, el Ayuntamiento de Las Palmas incluyó en un único lote todos los servicios a desarrollar, de forma reiterada en el tiempo (en 5 licitaciones repetidas desde 1997 hasta 2010); en la última licitación, un total de 902 servicios distintos, dependiendo del tipo de excursión y ruta. La historia de estas licitaciones acredita la tendencia de los operadores concurrentes a organizarse bajo algún tipo de fórmula cooperativa para hacer frente a la globalidad de la prestación licitada (en aquel caso, una UTE), generando mayor proclividad a la colusión.[17]

En la mencionada resolución también se recogen interesantes consideraciones sobre el incentivo a la colusión que supone la ausencia de limitación a la subcontratación en el pliego. Razona el Consejo, siguiendo al órgano instructor del expediente, que incluso cuando, como fue el caso del contrato licitado en 2010, tal práctica no se haya llegado a materializar (probablemente como consecuencia de la apertura del expediente), la existencia de este tipo de mecanismos ha podido posibilitar el reparto del mercado.[18]

En definitiva, la cuestión de cómo estructurar la prestación del bien o servicio a la hora de la licitación, de cara a reducir el riesgo de colusión, debe necesariamente tener en cuenta el contexto económico del mercado de que se trate, al depender en gran medida de la estructura de la oferta y del número previsible de licitadores. Asimismo, debe evitar aquellos mecanismos que fomenten los vínculos comerciales entre competidores, salvo que sea estrictamente necesario.

16. Los más típicos en el contexto español son las uniones temporales de empresarios —UTE— o agrupaciones de interés económico —AIE—, sobre las que luego volveremos.

17. Ver pág. 8 de la resolución. Aunque en el caso objeto de la resolución no se aprecia ejercicio de subcontratación ni ninguna de las declaradas infractoras era una UTE.

18. En particular, FD Tercero, págs. 28 y ss.

4.3 Los requisitos de capacidad y solvencia y su impacto sobre la oferta

Para promover la concurrencia y evitar la colusión, los criterios de admisibilidad de las empresas para participar en una licitación deben favorecer la participación de todos los operadores capaces e interesados, sin erigir obstáculos innecesarios a ella. Ejemplos de restricciones al acceso pueden ser las discriminaciones territoriales más o menos encubiertas, los requisitos de calidad empresarial o económico-financieros en forma de certificaciones, seguros, avales siempre que resulten no justificados y excesivos. Incluso, excediendo la cuestión de las características de las empresas, la propia definición del objeto del contrato debe resultar lo más neutral posible desde el punto de vista técnico, sin introducir sesgos injustificados en favor de una empresa o conjunto de empresas.

En el margen de decisión que las normas dejan a los órganos de contratación,[19] la fijación de estos elementos debe atender a un doble juicio. Por un lado, la justificación rigurosa de la necesidad (o causalidad) de tales criterios y las razones técnico-económicas que los motiven; por otro, la ponderación de la intensidad en su exigencia con arreglo a criterios de proporcionalidad entre la garantía de la finalidad originaria y la generación de barreras a la entrada.

En el contexto de los requisitos de capacidad y solvencia, uno de los aspectos que más directamente puede incidir sobre la existencia de colusión es el incentivo a la cooperación que una definición excesivamente exigente de tales requisitos puede generar, motivando que operadores potencialmente competidores entre sí concurran a la licitación bajo una sola oferta, por ejemplo, bajo la forma de UTE o AIE.

Ciertamente, al igual que la subcontratación, tales figuras permiten la participación de pequeñas y medianas empresas en proyectos de mayor envergadura que a los que podrían acceder directamente. Sin embargo, también pueden reducir la competencia en la licitación, al dar pie a estrategias colusorias que desvirtúen el resultado de aquella y faciliten el reparto de las rentas adquiridas mediante tal falseamiento.

Ya se ha mencionado anteriormente el impacto del diseño de las sucesivas licitaciones sobre la conformación de UTE en la resolución *Transporte Ayuntamiento de las Palmas*. Aunque la licitación convocada en 2005 no sea objeto de la denuncia ni de los hechos sancionados, llama la atención que acudiera un solo un licitador bajo la fórmula de UTE que, dicho sea de paso, reunía al denunciante y los denunciados por la licitación de 2010.

Debe recordarse que la normativa de contratación pública vigente no impide estas fórmulas;[20] tampoco las normas de competencia establecen la infracción auto-

19. Algunas de estas restricciones ya las prohíbe formalmente el TRLCSP.

20. Incluso contempla un tratamiento fiscal ventajoso para ellas a la hora del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. Ver Artículo Décimo, apartado 3, de la Ley 18/1982, de 26

mática por el mero hecho de su constitución. En todo caso, anticipándose a problemas futuros, los órganos encargados de diseñar los contratos públicos deberían cuidar aquellos aspectos que, en primer lugar, puedan favorecer la colusión dadas las características de la actividad y del mercado y, en segundo lugar, ayuden a distinguir este tipo de acuerdos del comportamiento eficiente del mercado.

En este sentido, algunos indicios de que resultaría pertinente revisar los requisitos de capacidad y solvencia a tenor de la experiencia del órgano de contratación en relación con la presencia de UTE en licitaciones anteriores serían: que las empresas que utilizan la UTE o AIE (en particular, si son todas ellas) cumplan con los requisitos para concurrir directamente a la licitación; que la fórmula asociativa no haya llevado aparejadas mejoras sustanciales en la oferta en relación con otras licitaciones análogas en las que hayan participado miembros de la UTE; que alguno de los miembros de la UTE sea el operador incumbente o los líderes del mercado; o que alguno de los miembros de la UTE haya resultado vencedor en alguna otra licitación análoga.[21]

4.4 La depuración de las ofertas anormalmente bajas o desproporcionadas

La variable precio, cuya importancia económica es fundamental, se presta a determinados juegos estratégicos en contextos de colusión entre licitadores. Por ejemplo, a propósito de los precios ofertados por los distintos miembros de un cártel se instrumentan las llamadas «ofertas de cobertura» que permiten la adjudicación a uno de sus componentes bajo una apariencia de sana competencia en el procedimiento.

La propia normativa ya elimina la posibilidad de instrumentar diseños en los que estos riesgos son más patentes, determinando que cuando solo haya un criterio de valoración, este será el precio más bajo.[22] Sin embargo, los mecanismos para eliminar las ofertas anormalmente bajas o desproporcionadas (conocidas tradicionalmente como bajas temerarias) presentan una particular proclividad para instrumentar ofertas de cobertura con un doble y simultáneo propósito: dotar a la licitación de apariencia competitiva y «proteger» la oferta destinada a resultar vencedora y la vigencia del precio supracompetitivo por ella ofertado.

Normalmente, el mecanismo instrumentado para expurgar las ofertas desproporcionadas consiste en establecer un umbral relativo por referencia a las ofertas

---

de mayo, sobre Régimen Fiscal de Agrupaciones y Uniones Temporales de Empresas y de las Sociedades de Desarrollo Industrial Regional.

21. Para un mayor desarrollo de la cuestión de la sensibilidad del diseño de las licitaciones al diseño de este tipo de consorcios, puede consultarse el desarrollo de Albano, G.L.; Bucirossi, P.; Spagnolo, G., y Zanza M., en su artículo «Preventing Collusion in Procurement», apartado 14.3.6, incluido en Dimitri N., Piga G. y Spagnolo, G. (eds.) 2006. *Handbook of Procurement*, Cambridge University Press, págs. 347-380.

22. Ello impide utilizar mecanismos como el precio más cercano al precio medio de los presentados o el segundo precio más bajo.

presentadas: por ejemplo, un porcentaje de desviación sobre la media de los precios ofertados, o sobre el segundo precio *más bajo*.[23] Este sistema tiene la ventaja de que el umbral de «temeridad» no es conocido *ex ante* por los licitadores, y con ello no restringe innecesariamente la posibilidad de que puedan plantearse ofertas competitivas y plenamente viables. Ello no obstante, la determinación relativa de este umbral en función del contenido real de las ofertas recibidas (e incluso del número de ofertas) favorece la manipulación por parte de los miembros de un acuerdo colusorio.

Este mecanismo habría sido utilizado, a tenor de las declaraciones de alguna de las partes, por los miembros del cártel sancionado en la resolución *Licitadores de carreteras*. Los miembros del cártel que realizaban la cobertura a los adjudicatarios ofertaban un precio muy superior al que hubiesen ofertado en un entorno competitivo, haciendo subir con ello la media del precio de las ofertas presentadas. Ello neutralizaba la posibilidad de que competidores ajenos al acuerdo resultasen adjudicatarios de la licitación,[24] y desincentivaba que los propios miembros del cártel se desviasen del comportamiento prefijado en el futuro, al asumir que serían represaliados de esta manera por el resto de miembros.[25]

Restar virtualidad a este tipo de mecanismos desde las propias reglas de puntuación no es tarea fácil ni puede abordarse exclusivamente teniendo en cuenta la estructura de puntuación de la licitación. De hecho, determinados diseños del mecanismo de puntuación alternativos a la determinación relativa del umbral de temeridad pueden resultar claramente más desincentivadores de la competencia que aquel.[26]

En atención a lo anterior, los órganos de contratación deben favorecer remedios complementarios a la determinación relativa del carácter anormal de la oferta. En primer lugar: desarrollar objetivamente y con todas las garantías el trámite de contradicción a disposición de los licitadores que se encuentren incursos en tal presunción, de manera que puedan justificar suficientemente la viabilidad del proyecto y, en tal caso, aceptar la oferta.[27] En segundo lugar, pueden reforzar lo

23. Así figuraba, por ejemplo, en la Propuesta original de la Comisión Europea de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre contratación pública, artículo 69, párrafo 1.

24. Por ejemplo, el Hecho Probado 6.2, subapartado 4, consigna (p. 43): «En relación a la oferta de CYES (en UTE con Guerola), que fue excluida de la licitación, podría considerarse que su exclusión habría sido consecuencia de una "baja temeraria" provocada por el resto de empresas participantes como se ha descrito anteriormente. Sin embargo, estas empresas constan como participantes en la reunión del 16 de diciembre de 2008 en la que se acordó la modificación de las ofertas de esta licitación (folio 1.111)».

25. FD Quinto, pág. 93.

26. Por ejemplo, el establecimiento de topes a la puntuación por debajo de un determinado umbral fijo plantea el problema de su determinación precisa y previa por parte del órgano de contratación, que puede no contar con la información suficiente para ello y laminar la posibilidad de que surjan ofertas competitivas y a la vez viables por debajo de dicho umbral . Ello puede ser paliado por un mecanismo de puntuación no lineal sino «parabólico», que, pasado un determinado umbral, permita seguir puntuando ulteriores bajas pero en menor medida; si bien este mecanismo vuelve a desincentivar la competencia agresiva en precio.

27. Sobre las garantías que debe contener la oportunidad para el licitador incurso en temeridad de exponer la viabilidad de su oferta, resulta muy interesante la reciente resolución del Tribunal Administrativo Central de

anterior con una verdadera exigencia de responsabilidad contractual al contratista por cumplimiento defectuoso o retirada del contrato, en atención al perjuicio ocasionado al interés público por su incapacidad para cumplir lo pactado, lo que además disciplinará dinámicamente a los participantes en licitaciones sucesivas.

4.5 La transparencia de la información revelada a lo largo del procedimiento

La normativa de contratación pública vigente obliga a la publicación de determinados datos relativos a la licitación y a su resultado (nombre del adjudicatario). También está obligada a proporcionar a los licitadores no vencedores, a su solicitud, los datos que necesiten para fundar motivadamente un posible recurso.[28]

Sin perjuicio de estas previsiones legales, que desde luego deben ser cumplidas, debe tenerse en cuenta que un exceso de transparencia en la información puesta a disposición de los oferentes puede facilitar la colusión al permitir un seguimiento más fácil del comportamiento de los miembros del acuerdo. También el TRLCSP es sensible a ello en la medida en que su artículo 153, siguiendo a su vez el artículo 41.3 de la vigente Directiva comunitaria 2004/18, permite al órgano de contratación no comunicar determinados datos relativos a la adjudicación cuando considere, justificándolo debidamente en el expediente, que su divulgación de esa información puede obstaculizar, entre otros elementos, la competencia leal entre las empresas.[29]

En la resolución *Licitaciones de Carreteras* encontramos un claro ejemplo de ello, en particular en el contexto de la preselección que tiene lugar en el procedimiento restringido. Es un hecho que las empresas participantes, al menos, algunas de ellas, tuvieron acceso a la información sobre la identidad de los preseleccionados; lo que facilitó la convocatoria de las reuniones para el reparto de las licitaciones convocadas y la coordinación de las ofertas.

De ahí que, en el cumplimiento de sus obligaciones de información, los órganos de contratación no deben excederse en la revelación de información, ni al público en general, ni al resto de licitadores no adjudicatarios, sin generar riesgos adicionales derivados del exceso de transparencia. De la misma manera, deben ser

---

Recursos Contractuales 121/2012, de 23 de mayo de 2012, Asunto *MDL Distribución Logística contra Secretario de Estado del Ministerio de Educación Cultura y Deporte*, en particular su apartado 7, que se pronuncia en análogos términos a los aquí expresados.

28. Fundamentalmente, artículo 151, apartado 5 del TRLCSP.

29. El TJUE ha tenido ocasión reciente de sopesar los elementos de interés para determinar, en el caso concreto, la intensidad de la puesta a disposición de información sobre procedimientos públicos (si bien, en este supuesto, en relación con el procedimiento de elaboración del presupuesto público) en el reciente Asunto C629/11 P *Evropaïki Dynamiki v Commission* (ESP-ISEP), párrafos 20 a 30, de 4 de octubre de 2012. Ver el Comentario de Sánchez Graells a la Sentencia y su relación con las normativa de contratación pública en: http://www.howtocrackanut.blogspot.co.uk/2012/10/still-excessive-level-of-transparency.html

particularmente cautelosos en relación con la información que ponen a disposición de los participantes a lo largo del desarrollo del procedimiento.

Por otra parte, determinados aspectos del contenido público de los pliegos de condiciones pueden aumentar, en función de cómo se concreten, la facilidad para coludir, al arrojar desde un punto de vista dinámico información fundamental acerca del grado de expectativa de la Administración convocante acerca del resultado del proceso competitivo.

Un ejemplo de ello lo encontramos en la resolución *Transporte Ayuntamiento de Las Palmas* en relación con el precio de los 902 servicios demandados. En el concurso de 2010, los precios de referencia eran los mismos que los que figuraban como precios de reserva en el pliego anterior de 2008. Con ello se pudo señalizar a los operadores que los precios que la Administración consideraba aceptables en último extremo no tenían por qué ser resultado de la interacción competitiva entre los licitadores a la luz de lo sucedido en licitaciones pasadas (en particular, porque a la de 2008 solo se presentó un licitador).

La enseñanza de lo anterior en relación con la transparencia es que, sin perjuicio de las obligaciones de información que la normativa establece, debe evitarse que el diseño del concurso y su implementación favorezcan el conocimiento de aspectos que los licitadores puedan aprovechar para instrumentar acuerdos colusorios.

5. Conclusiones

En sus cinco años de vida, la CNC ha tenido ocasión de detectar y sancionar casos de colusión en licitaciones públicas. Este tipo de prácticas son tremendamente dañinas por sus efectos sobre la competencia en los mercados y por el coste que suponen para el presupuesto público y, en última instancia, para el bienestar del consumidor.

La Administraciones Públicas tienen que colaborar en la labor de detección de este tipo de prácticas. De la observancia de la información que manejan en su calidad de órganos de contratación pueden derivarse indicios de conductas colusorias que deben ser puestas en conocimiento de las autoridades de la competencia.

También deben jugar una importante labor de prevención, contribuyendo a que el diseño de las licitaciones no favorezca la formación y el mantenimiento de acuerdos colusorios, y haciendo constar las consecuencias de la eventual participación de los operadores en el propio pliego de cláusulas administrativas.[30] Ello es

30. El alcance desde el punto de vista de la promoción de la competencia y su virtualidad jurídica de esta mención a las consecuencias de la colusión en los procedimientos de licitación en el pliego, ya sugerida por la CNC en su guía, se desarrolla exhaustiva y sistemáticamente en el próximo artículo de López Miño, A. y Valcárcel Fernández, P. *Incapacidad de la normativa española sobre contratación pública y competencia para impedir y corregir la colusión en la contratación* (aún no publicado al escribir la presente contribución).

especialmente relevante cuando estamos ante mercados que presentan una estructura y funcionamiento que facilita este tipo de acuerdos.

La *Guía sobre Contratación Pública y Competencia* publicada por la CNC en febrero de 2011 pretende ser un instrumento que sirva a las Administraciones Públicas en esta área. A la hora de seguir las indicaciones de la Guía es de vital importancia que los órganos de contratación aprovechen su conocimiento de los mercados, sus dinámicas competitivas y los resultados de anteriores o semejantes licitaciones. De esta forma, serán mucho más efectivos a la hora de diseñar las licitaciones de manera que debiliten el incentivo y la capacidad de coludir en mercados donde el riesgo de coordinación entre competidores es elevado.

LA COMUNICACIÓN DE LA UE SOBRE LA MODERNIZACIÓN DEL SISTEMA DE CONTROL DE LAS AYUDAS ESTATALES: LA VISIÓN DE LA CNC*

ANTONIO MAUDES GUTIÉRREZ
Director de Promoción de la competencia 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

1. Introducción

El sistema de control comunitario de ayudas de Estado se fundamenta esencialmente en los arts. 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). Sin perjuicio de ciertas funciones compartidas con los Estados miembros, dicha normativa atribuye a la Comisión Europea la responsabilidad exclusiva de garantizar el control efectivo de las ayudas estatales en salvaguarda del mercado interior.

En ejercicio de dicha competencia, el 8 de mayo de 2012 la Comisión Europea ha publicado la *Comunicación sobre Modernización de las ayudas estatales en la UE*[1] (la Comunicación, en adelante) que, sin perjuicio de construirse sobre los pilares recogidos en la normativa citada más arriba, pretende servir de punto de partida para una revisión de buena parte de los instrumentos utilizados por dicho sistema.

Este artículo pretende describir la iniciativa lanzada por la Comisión Europea con esta nueva Comunicación, identificando el contexto en el que la misma se produce y, sobre todo, detallando los principales objetivos que persigue. A continuación, se realiza un análisis valorativo de los cambios que puede introducir en

* 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 (CNC).

1. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las regiones «Modernización de las ayudas estatales en la UE». COM (2012) 209 final.

el sistema de control comunitario de ayudas de Estado, teniendo en cuenta que esta propuesta no conlleva reformas en el Derecho originario de la Unión. Por último, se ponen de manifiesto las implicaciones que dichos cambios pueden suponer para las funciones en materia de ayudas públicas desarrolladas por la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) y se recogen una serie de conclusiones al hilo de los argumentos expuestos.

2. La Comunicación sobre modernización de las ayudas estatales en la UE

La Comunicación identifica al mercado único como el mejor activo que tiene Europa para recuperar la senda del crecimiento sobre la base de dos herramientas: una normativa que permita crear un mercado integrado sin fronteras nacionales, donde se permita el libre juego de las cuatro libertades básicas comunitarias, y una política de competencia que incluya un adecuado sistema de control de las ayudas estatales, de forma que se incentive a las empresas a mejoras continuas en productividad y competitividad.

Sin embargo, la actual crisis económica y financiera ha amenazado la integridad del mercado único e incrementado la posibilidad de reacciones anticompetitivas debido, entre otras cosas, a la disparidad de los márgenes de maniobra de los Estados miembros para financiar sus políticas fiscales. No obstante, la situación actual también está provocando cambios que pueden valorarse positivamente, ya que los Estados, ante los menores recursos disponibles, han reforzado los mecanismos de supervisión de la eficiencia en la gestión de los fondos públicos.

La Comunicación pretende perseguir un triple objetivo: en primer lugar, impulsar un crecimiento sostenible, inteligente e integrador en un mercado interior competitivo; en segundo lugar, concentrar el examen *ex ante* de la Comisión en los asuntos que tengan mayor incidencia sobre el mercado interior, reforzando al mismo tiempo la cooperación de los Estados miembros en la aplicación de las normas sobre ayudas estatales; en tercer lugar, racionalizar las normas y acelerar la toma de decisiones.

Tanto las medidas como los objetivos aquí recogidos son complementarios e interdependientes, con la previsión de ponerse todos en marcha conjuntamente antes de finales de 2013.

2.1. Impulso al crecimiento en un mercado interno reforzado, dinámico y competitivo

Un control modernizado de las ayudas estatales debería facilitar que las mismas se dirijan a paliar o corregir los fallos del mercado y/o perseguir objetivos de interés común, generando los menores falseamientos de la competencia posibles, de forma que la ayuda, en su caso, complemente y no sustituya a la iniciativa privada. Además,

por otro lado, el control de las ayudas estatales también puede servir a los Estados miembros para reforzar la disciplina presupuestaria y mejorar la calidad de las finanzas públicas, lo que se traduciría en un mejor uso del dinero de los contribuyentes.

Según la Comunicación, las propuestas de modernización de las ayudas estatales que contribuyen al objetivo de crecimiento se centrarían, por un lado, en la *identificación y definición de principios comunes* aplicables a la evaluación de la compatibilidad de todas las medidas de ayuda. Estos principios horizontales aclararían la forma en que la Comisión evaluaría elementos comunes que actualmente no se tratan de la misma forma en las distintas directrices y marcos sectoriales; por otro lado, se centraría en la *revisión y racionalización de estas directrices y marcos sobre ayudas estatales*, para que sean coherentes con estos principios comunes.

La revisión conllevaría una definición más clara de los posibles fallos del mercado a los que se podría hacer frente, un examen más profundo del conocido como efecto incentivador, así como de los efectos negativos de estas intervenciones públicas, incluyendo, en su caso, consideraciones sobre el impacto general de la ayuda (por ejemplo, las distorsiones creadas por las posibles *guerras* de subvenciones entre Estados miembros).

2.2. Concentración en los asuntos con mayor incidencia en el mercado interior

La búsqueda de una mayor eficiencia en el gasto público es interpretada por la Comisión como una necesidad de establecer prioridades de forma que se realice un análisis más minucioso de los efectos más importantes de la ayuda sobre el mercado único y, al mismo tiempo, como una oportunidad de simplificar el análisis de los casos de carácter más local. Las propuestas, en concreto, que contribuirían a este objetivo de priorización serían: por un lado, una posible revisión del Reglamento de ayudas *de minimis*[2] para examinar si el actual umbral todavía responde a condiciones de mercado; por otro, una modificación del Reglamento de habilitación[3] y del Reglamento general de exención por categorías[4] para ampliar los tipos de ayudas sujetas a un control simplificado.

No obstante, cualquier propuesta en este sentido estaría condicionada a un incremento de la responsabilidad de los Estados miembros de garantizar la correcta aplicación de las normas sobre ayudas estatales mediante unos sistemas nacio-

2. Reglamento (CE) 1998/2006 de la Comisión, de 15 de diciembre de 2006, relativo a la aplicación de los arts. 87 y 88 del TCE (actuales 107 y 108 del TFUE) a las ayudas *de minimis*.

3. Reglamento (CE) n.º 994/98 (se puede consultar en: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31998R0994:ES:NOT) del Consejo, de 7 de mayo de 1998, sobre la aplicación de los artículos 87 (antes artículo 92) y 88 (antes artículo 93) del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea a determinadas categorías de ayudas de Estado horizontales.

4. Reglamento (CE) 800/2008 de la Comisión, de 6 de agosto de 2008, por el que se declaran determinadas categorías de ayudas compatibles con el mercado común en aplicación de los arts. 87 y 88 del TCE (actuales 107 y 108 del TFUE).

nales efectivos en el control *ex ante* y un reforzamiento del control *ex post* a realizar por la Comisión Europea.

2.3. Normas racionalizadas y decisiones más rápidas

Las propuestas en este campo se centrarían, por un lado, en la clarificación y mejor explicación de la noción de ayuda estatal del artículo 107 del TFUE y, por otro, en la modernización del Reglamento de procedimiento[5], en especial en lo que se refiere a la posibilidad de que la Comisión priorice la gestión de las denuncias más potencialmente dañinas para el mercado interior, en parte gracias al acceso a mecanismos más ágiles de información a través de las herramientas de mercado aplicables al mismo.

De esta forma podrá obtener toda la información necesaria para adoptar las decisiones en plazos razonables, más adaptados a las necesidades de las empresas. Por otro lado, esta reforma permitiría a la Comisión efectuar más investigaciones de oficio sobre falseamientos importantes de la competencia, de forma que puedan realizarse verificaciones más rápidas de los efectos negativos de las medidas sobre el mercado.

3. Análisis valorativo de los cambios a introducir en el sistema de control comunitario de ayuda de Estado

Cualquier valoración de los cambios propuestos debe ser realizada teniendo en cuenta el contexto jurídico y económico en que la Comunicación ve la luz. Desde el prisma jurídico, un reciente informe del Tribunal de Cuentas Europeo[6] recoge reveladoras conclusiones que reflejan, a juicio del máximo órgano fiscalizador de la UE, las importantes carencias del actual sistema de control comunitario, más en concreto de la puesta en práctica del mismo por las autoridades responsables: el sistema no garantiza el registro de todas las ayudas, los procedimientos son excesivamente largos (en especial las denuncias) y existe una ausencia de evaluación *ex post* del impacto del control de ayudas sobre los mercados.

Desde el punto de vista económico, la Comunicación se enmarca en el contexto de la gran recesión, de profunda crisis económica y financiera, lo que tiene un doble alcance: al mismo tiempo que, desde ciertos sectores económicos, se cuestionan las medidas de ayuda puestas en marcha por los distintos Estados

5. Reglamento (CE) 659/99 del Consejo, de 22 de marzo de 1999, relativo a las modalidades de aplicación del artículo 93 del Tratado CE (actual artículo 108 TFUE).

6. Informe especial n.º 15/2011 Tribunal de Cuentas Europeo titulado «¿Garantizan los procedimientos de la Comisión la gestión eficaz del control de ayudas estatales?».

miembros de la UE[7] por sus elevadas cuantías y su relación con los excesivos déficits públicos; desde otros sectores, se considera imprescindible impulsar la demanda agregada, destinando importantes porcentajes del PIB comunitario[8] a sufragar ayudas a distintos sectores económicos, pero, muy especialmente, al sector financiero, para paliar el riesgo sistémico de la economía europea.

Partiendo de este contexto, sin perjuicio de una acogida favorable de la Comunicación en cuanto a los objetivos que persigue de mejora del sistema (análisis económico de los fallos de mercado, mayor seguridad jurídica, racionalización rapidez y simplificación), los cambios propuestos, en su gran mayoría, adolecen de una falta de concreción que imposibilitan un análisis en profundidad y, en los casos en que este puede realizarse, aun parcialmente, debe ser calificado como provisional a la espera de confirmar si las previsiones apuntadas se confirman o son modificadas en el futuro.

Sin perjuicio de lo anterior, pasamos a exponer las que serían las principales cuestiones que consideramos de mayor interés para el sistema:

3.1. Necesidad de una aproximación más económica

Desde un punto de vista teórico, la razón por la que a una autoridad de competencia debería preocuparle el impacto de las ayudas públicas reside en la distorsión de las condiciones de competencia que tales ayudas 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 excedentes del consumidor y usuario; 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 (menor innovación a medio y largo plazo y, como consecuencia de ello, una menor calidad de los productos al mismo precio).

La Comunicación reflexiona acerca de la necesidad de una mayor definición, tanto del concepto de ayuda como de los principios comunes aplicables a la evaluación de la compatibilidad de las mismas, así como una definición más clara de los fallos del mercado, del efecto incentivador y de los efectos negativos de las intervenciones públicas, incluyendo, en su caso, consideraciones sobre el impacto general de la ayuda.

7. Según datos recogidos en el *IV informe anual de ayudas públicas de la CNC* (2012), el volumen de ayudas del conjunto de Estados miembros de la UE ha aumentado considerablemente durante el último año, en el que se han consolidado estadísticas (año 2010), ascendiendo a 1.190.819 M€ (frente a los 427.365M€ del año anterior). Ello es consecuencia sobre todo del impacto de las ayudas anticrisis, que ascienden a más de 1.117.000 M€ (frente a los 354.140 M€ del año 2009).

8. El conjunto de ayudas concedidas por los 27 Estados miembros de la UE representó un 10% del PIB comunitario, sin incluir las ayudas *de minimis*.

Ninguna de estas propuestas puede ser criticada *a priori*, ya que, en líneas generales pueden suponer mejoras en cuanto a la claridad y calidad de los enjuiciamientos sobre la existencia de ayudas de Estado y de su compatibilidad con el mercado interior. No obstante, cabe plantearse realizar algunas precisiones:

En primer lugar, la utilización de principios comunes para la evaluación de la compatibilidad de las ayudas está en línea con las reflexiones que inspiraban los principios de análisis económico de ayudas públicas recogidos en el primer *Informe Anual de Ayudas Públicas de la CNC* (2008)[9] que, a su vez, tenían sus fundamentos en el Derecho comunitario[10] y en los principios de buena regulación y en la guía para evaluar la competencia de la OCDE.[11]

El nuevo enfoque enfatiza la necesidad de tener en cuenta que el control de las ayudas públicas descansa en la comparación de las ventajas y perjuicios que estas pueden comportar, no ya para las empresas receptoras de dichas ayudas, sino también para los mercados en que operan dichos beneficiarios y para la eficiencia económica en general. Dicha tarea requiere, en primer lugar, un análisis de necesidad, identificando el fallo de mercado al que, en su caso, se dirigiría la ayuda pública. En segundo lugar, un análisis de proporcionalidad, para determinar si dicho fallo de mercado puede ser paliado o corregido por la intervención del sector público, así como si la ayuda pública es el instrumento más eficiente de los que dispone el sector público para lograr dicho objetivo. En esta segunda fase, sería recomendable un análisis coste-beneficio según la metodología económica habitual en dicho tipo de análisis.

No obstante, ante la falta de concreción de este nuevo enfoque cabe plantearse si la reforma pretende introducir y utilizar estas herramientas y conceptos que deberían provenir tanto de la teoría económica como, muy señaladamente, de la experiencia económica acumulada en la práctica sancionadora y de control de concentraciones en el Derecho de la competencia comunitario. Estos instrumentos serían indispensables para conseguir una mejor evaluación del impacto económico de la ayuda sobre la competencia, el objetivo que motiva las funciones de las autoridades comunitarias en este ámbito.

No faltan voces[12] que señalan que la aplicación actual de la normativa de ayudas abusa de cierta *juridicidad* en perjuicio de una deseable aproximación más *económica* que, por ejemplo, se preocupara de analizar los efectos reales y no solo

9. Apartado 3 del Informe, págs. 16-33.

10. Básicamente, con la denominada prueba de sopesamiento de la ayuda, desarrollada de forma parcial en directrices y comunicaciones sectoriales publicadas en el último septenio (2007-2013) y, de forma más completa, en el documento denominado «Principios comunes para una evaluación económica de la compatibilidad de las ayudas estatales en virtud del artículo 87.3 del TCE».

11. *Guía para evaluar la competencia* (2007) y *Principios rectores para la regulación eficaz y de calidad* (2005). OCDE.

12. El último es el documento remitido de manera informal por las autoridades francesas al conjunto de responsables de ayudas en los diferentes Estados miembros en mayo de 2012, en relación con la Comunicación de modernización de ayudas de Estado, titulado «Modernisation of state aid control through coherent competition law».

potenciales de la ayuda sobre el comercio y la competencia intracomunitarios. En esta línea, se propone la utilización más sistemática de los conceptos económicos relacionados con las ayudas públicas, así como los propios de la persecución de las conductas anti-competitivas y del estudio de las concentraciones empresariales, como puede ser la definición del mercado relevante, de producto y geográfico.

Dichos conceptos permitirían una evaluación detallada de si el mercado afectado por la ayuda representa una parte sustancial o no del mercado interior y tomar decisiones de autorización o no de la ayuda en consecuencia. Incluso cabría plantearse si por vía regulatoria —mediante la aprobación de un Reglamento comunitario *ad hoc*— se pudiera señalar que solo si la medida tuviera efectos sobre un porcentaje del mercado relevante, relativamente elevado y previamente definido, se debería proceder a su notificación a las autoridades comunitarias.

De igual forma, a diferencia de otros ámbitos del Derecho de la competencia, es escasa la valoración de las variaciones de los excedentes de consumidores y empresas, tanto en términos de precios como de calidad de las producciones o de mejora de la innovación derivadas, en su caso, de la ayuda. La incorporación de este tipo de cuestiones a la práctica diaria de las decisiones comunitarias debe ser considerada muy positiva, pero de difícil compatibilidad con la agilización del proceso de toma de decisiones si no se reduce el número de las ayudas analizadas íntegramente por la Comisión.

Sin perjuicio de compartir estos planteamientos de una mayor fundamentación de las decisiones sobre ayudas en los instrumentos económicos desarrollados en la aplicación del Derecho de la competencia, desde nuestro punto de vista, es quizás aún más relevante la aplicación real, constatable, de la utilización del análisis económico en la *identificación de los principios comunes aplicables a todas las ayudas y, en especial, a los fallos de mercado* que pretenden justificar la misma en el marco de la denominada prueba de sopesamiento.

Como es bien sabido, la contribución de una ayuda a un objetivo de interés puede medirse atendiendo a que persiga mejorar la eficiencia del mercado o a resolver problemas de equidad. Estrictamente hablando, solo los que persiguen el primer objetivo pretenden solucionar auténticos fallos de mercado[13] (externalidades, bienes públicos en sentido económico, información asimétrica, mercados incompletos, problemas de coordinación) y entendemos que las autoridades competentes deberían ofrecer instrumentos de análisis que permitieran a los entes concedentes de ayudas, y a los organismos de control con posterioridad, detectar

13. Como señala el documento ya citado «Principios comunes para una evaluación económica de la compatibilidad de las ayudas estatales en virtud del artículo 87.3 del TCE» la externalidad surge cuando los agentes del mercado no internalizan la totalidad de los beneficios o los costes de sus acciones. La actividad de I + D es un caso típico de una actividad con externalidad positiva: cuando las empresas pueden patentar los resultados de las investigaciones es menos probable que se produzcan externalidades positivas pero, por el contrario, si las empresas son incapaces de internalizar íntegramente el beneficio de sus gastos en I + D, sus inversiones en este campo pueden reducirse drásticamente y situarse en un nivel subóptimo para el bienestar general.

dichos fallos específicos con cierta facilidad, al menos en los casos en que no sea necesario recurrir a estudios econométricos.

La simple evaluación comparativa de los mercados en cuestión podría coadyuvar a dejar constancia de la presencia de estos fallos (por ejemplo, la existencia de proyectos similares exitosos en los que no se concedieron ayudas puede ser un indicio relevante de la falta de necesidad de corregir con ayudas públicas dicho supuesto fallo de mercado), de forma que el expediente administrativo contuviera información relativa a estos aspectos, elaborada por personal competente en la materia.

Por otro lado, a continuación, *el análisis económico debería responder a la cuestión de si el instrumento diseñado (ayuda pública) es el que mejor resuelve dicho fallo en aras de la sujeción al principio de mínima distorsión competitiva*. De no ser el más adecuado, la ayuda podría falsear tanto la competencia como los intercambios comerciales y no debería ser autorizada por las autoridades comunitarias. Es decir, si este análisis demostrara que se puede conseguir el objetivo perseguido por la medida con menores restricciones a la competencia[14] o incluso sin restricciones si se utilizaran otros instrumentos de acción política (por ejemplo, en lugar de recurrir a ayudas públicas, una reforma regulatoria liberalizadora que facilite el acceso al mercado, la puesta en marcha de mecanismos fiscales asimétricos o la posibilidad de internalizar los beneficios de la acción mediante contratos o derechos de propiedad intelectual, como posibles alternativas menos distorsionadoras para paliar externalidades), la decisión a tomar debería decantarse por aquellas no solo más eficientes desde un punto de vista de la gestión de los fondos públicos, sino estrictamente por razones de adecuación a la libre competencia.

Por último, para cerrar el proceso debería *potenciarse de forma decidida la realización de evaluaciones ex post* por parte de las autoridades de control. Solo si se comprueba *a posteriori* que los efectos previstos de la medida se han cumplido razonablemente, tanto sobre los productores-competidores del beneficiario de la ayuda como sobre los consumidores y usuarios, podrá cerrarse el proceso completo de evaluación de la medida.

De esta manera se minimizarían, además, los riesgos del análisis, a nuestro juicio, actualmente demasiado prospectivo, que realiza la Comisión Europea, con la notificación previa de los instrumentos de ayuda contemplada en el TFUE. En una fase inicial parece evidente que estas revisiones solo podrían realizarse posiblemente por muestreo, pero una vez que se identifiquen los puntos principales de esta evaluación y se perfilen con detalle los aspectos a tener en cuenta, los mismos serían trasladables a los gestores nacionales de ayudas para una hipotética labor de trabajo en red.

14. En clave nacional, la propia Ley 38/2003 de 17 de noviembre, General de subvenciones recoge en su artículo 8.2 que cuando los objetivos que se pretenden conseguir con la ayuda afecten al mercado, su orientación debe dirigirse a corregir fallos claramente identificados y sus efectos deben ser mínimamente distorsionadores (principio de mínima distorsión).

En segundo lugar, en relación con el concepto de ayuda, cualquier intento de clarificación de los aspectos principales que conforman su núcleo duro mejorará, sin duda, la escasa seguridad jurídica que, en nuestra opinión, la actual definición conlleva.[15] Por otro lado, la enorme complejidad de la «normativa blanda» (*soft-law)* actualmente aplicable por las autoridades comunitarias (e indirectamente también por las nacionales), que alcanza casi los cuarenta instrumentos, entre directrices y comunicaciones, ya justifica por sí solo un intento racionalizador en este sentido. Además, de esta propuesta se beneficiarían no solo las Administraciones Públicas gestoras de ayudas, sino también los propios órganos jurisdiccionales nacionales que, en virtud del efecto directo de los tratados comunitarios en este punto, tienen entre sus funciones el examen de la existencia de ayudas en las medidas en cuestión.

Sin embargo y sin perjuicio de lo anterior, no deben olvidarse dos limitaciones: por un lado que, desde sus inicios con el Tratado de Roma de 1957, el proceso de construcción europea optó por un concepto muy abierto de ayuda que es difícilmente encuadrable en categorías con perfiles definidos y dicha decisión, lejos de ser inconsciente, perseguía el objetivo de no dejar escapar del ámbito de control comunitario a ninguna medida de carácter público que, incluso no siendo asimilable a la categoría tradicional de subvención, pudiera contener efectos anticompetitivos. Esto determina que se podría considerar que a menos que se reforme el artículo 107.1 del TFUE —medida no contemplada por la Comunicación y que no parece estar en la agenda actual de los órganos que podrían proponerlo— las dificultades de interpretación van a seguir estando presentes.

Por otro lado, obviamente cualquier intento de sistematización debe tener en cuenta la jurisprudencia del TJUE al respecto, que no siempre tiene por qué coincidir, y de hecho no lo hace, con la postura de la Comisión Europea. Esta última puede, no obstante, servir de complemento cuando se carezca de resoluciones judiciales en ciertos campos con escasa o nula litigiosidad.

3.2. Exclusión del sistema de control comunitario de nuevas categorías de ayudas para concentrarse en los asuntos con mayor incidencia en el mercado interior

Tanto si se trata de ampliar las categorías de ayudas que están exentas de notificación previa obligatoria[16] a la Comisión Europea (pero no de comunicación *a poste-*

15. El concepto de ayuda de Estado recogido en el artículo 107.1 del TFUE viene a precisar que «Salvo que los Tratados dispongan otra cosa, serán incompatibles con el mercado interior, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones». Como puede apreciarse, más que un concepto de ayuda, se recoge una definición de cierto tipo, las incompatibles con el mercado interior.

16. Recogidas en su mayor parte en el Reglamento (CE) 800/2008 ya citado. Cabe recordar que las ayudas exentas, salvo excepciones, no se califican por referencia a un umbral económico que no pueden superar sino

riori) como de elevar el umbral de las denominadas ayudas *de minimis*[17] (que están exentas de notificación previa y de comunicación *a posteriori* al no considerarse que reúnan los elementos propios de las ayudas de Estado del artículo 107.1 del TFUE), la Comunicación parte tanto de la necesidad de aumentar el nivel del control efectivo *ex ante* a realizar por los propios Estados miembros como de la urgencia por poner en marcha controles *ex post* a realizar por la Comisión Europea. Esta medida plantea diversas consideraciones.

En primer lugar, desde nuestro punto de vista, no está clara la justificación real de la elevación del umbral de las ayudas *de minimis*, al menos no está clara en la Comunicación. No es evidente si la causa reside en que las ayudas por debajo de dicho umbral carecen, por lo general, de efectos sobre la competencia y sobre el mercado interior o si se trata, más bien, de priorizar únicamente el análisis de unas ayudas sobre otras atendiendo a su importancia, pero sin negar o descartar el impacto de las *de minimis* sobre la competencia.

Es más, como consecuencia de la crisis económica y financiera, la Comisión Europea adoptó en 2009 la Comunicación denominada «Marco temporal de la Unión aplicable a las medidas de ayuda estatal para facilitar el acceso a la financiación en el actual contexto de crisis económica y financiera»18. En dicha Comunicación se elevaba temporalmente el umbral de las ayudas *de minimis* de 200.000 a 500.000 euros, elevación que ya ha vuelto a suprimirse. En nuestra opinión, plantearse elevar de nuevo el umbral puede parecer un tanto precipitado, todavía más teniendo en cuenta la falta de estudios sobre los efectos reales de la medida en el conjunto de la UE y el proceso de consolidación fiscal, tanto en la deuda como en el déficit públicos, en el que están comprometidos la mayoría de Estados miembros.

Pero habría más razones para poner en duda la utilidad de la medida: durante todo el periodo de aplicación del marco temporal, dicha medida ha sido utilizada por la mayoría de Estados miembros.[19] Sin embargo, solo un porcentaje limitado de fondos asignados por los Estados miembros y autorizados por la Comisión conforme a dicha medida fueron realmente desembolsados (alrededor de un 7%). Además, la mayor parte de la ayuda desembolsada en el marco de dicha medida se concentró en un solo Estado miembro: Alemania (con más del 78% de los fondos asignados).

Por consiguiente, sin descartar ciertos efectos beneficiosos del marco temporal como tratamiento de choque frente a la crisis, cabe deducir que la medida pudo crear excesivas disparidades en el mercado interior y existen motivos para pensar que esta circunstancia podría volver a producirse si se decide elevar de nuevo el umbral.

---

más bien en función de ciertos objetivos que deben perseguir (por ejemplo, ayudas a la formación, al medio ambiente...).

17. Recogidas en su mayor parte en el Reglamento (CE) 1998/2006 ya citado. Cabe recordar además que en este Reglamento «general» el umbral está situado en 200.000 euros de ayuda por beneficiario en un periodo de tres ejercicios fiscales.

18. DOUE 22.1.2009 C 16/1 (modificada por una Comunicación publicada en el DOUE de 11.1.2011 C 6/5).

19. En concreto, 23 sistemas de ayudas en 23 Estados miembros.

Lo anterior es relevante porque, independientemente de que los tratados comunitarios no establezcan un umbral determinado que delimite la afectación o no del mercado interior y haya sido la Comisión Europea la que lo haya fijado de forma autónoma, si se termina elevando el umbral de las ayudas *de minimis*, surge la cuestión de qué tratamiento —desde el punto de vista de su control efectivo— dar a las ayudas que se sitúen por debajo de dicho umbral pero que siguen siendo de un importe considerable por situarse entre el umbral actual y el futuro.

En segundo lugar, con independencia de que puedan modificarse aspectos del control *ex ante* o *ex post*, para reforzar la prevención de posibles efectos indeseables de las ayudas *de minimis* sobre el mercado interior, en particular de aquellas que, por debajo del nuevo umbral, resulten de mayor cuantía, sería procedente incrementar la exigibilidad de su buen diseño, comenzando por su finalidad.

En este sentido, el actual reglamento *de minimis* guarda silencio en cuanto a los objetivos que debe perseguir la ayuda, de forma que dentro de esta categoría pueden incluirse —y de hecho se incluyen— subvenciones tan dispares como las que fomentan el consumo o las que persiguen la formación de los trabajadores. Una propuesta de reforma podría centrarse en que dichos objetivos fueron efectivamente delimitados dentro de una lista cerrada.

No en vano, en el contexto de una estrategia de desmantelamiento progresivo del instrumento descrito más arriba (marco temporal), la Comisión consideró que convenía recurrir de nuevo a ayudas de Estado que causaran menos distorsiones de competencia y que vayan más dirigidas a aumentar el crecimiento, en particular, exigiendo a los beneficiarios una contrapartida que tenga un objetivo de interés general definido.

Incluso, llevando al extremo el argumento teórico, dicha delimitación podría conllevar un diferente tratamiento en función de que la ayuda pretenda la corrección de un auténtico fallo de mercado (constatable y constatado de hecho con informes económicos justificativos) o de que pretenda otros objetivos de interés general (siempre más etéreos, sin perjuicio de su justificación política o social). Esta diversidad de tratamiento podría suponer en consecuencia que el nuevo Reglamento pudiera fijar unos umbrales económicos que serían diferentes si se persiguen unos u otros objetivos, en función de su mayor o menor garantía de neutralidad competitiva.

En tercer lugar, por lo que se refiere a la posibilidad de ampliar las categorías de ayudas exentas, la Comunicación meramente cita, entre otras posibilidades, las ayudas concedidas a la cultura, las ayudas destinadas a reparar perjuicios causados por desastres naturales y la ayuda destinada a proyectos financiados por la UE (como JESSICA[20]) pero no se dan más argumentos justificativos.

20. JESSICA corresponde a las siglas *Joint European Support for Sustainable Investment in City* Areas (Apoyo Europeo Conjunto a la Inversión Sostenible en Zonas Urbanas). Es una iniciativa conjunta de la Comisión Europea, el Banco Europeo de Inversiones y el Banco de Desarrollo del Consejo de Europa, creada para proporcionar apoyo financiero a proyectos de regeneración o desarrollo urbano que estén incluidos en un plan integrado urbano.

En relación con las ayudas para paliar desastres naturales (recogidas en el artículo 107.2 b) del TFUE como ayudas de Estado sujetas a notificación obligatoria pero en principio compatibles con el mercado interior), desde nuestro punto de vista, ni siquiera debían haberse recogido como verdaderas ayudas, ya que tienen una naturaleza esencialmente indemnizatoria, reparadora del daño sufrido, por lo que el elemento relativo a la ventaja económica está difícilmente presente. Sin perjuicio de la existencia de casos en los que se hayan podido cometer abusos por parte de los Estados miembros, su consideración como nuevas ayudas exentas de notificación puede ser una solución temporal, aunque más correctamente convendría eliminar su mención del TFUE si en algún momento se modificase dicho artículo.

Por lo que se refiere a las ayudas destinadas a proyectos financiados (parcialmente) por la UE como JESSICA, el comentario que se nos plantea es en qué medida estos proyectos son diferentes —desde el punto de vista de competencia— de otros financiados también parcialmente por fondos comunitarios como JASPERS o JEREMIE[21] o del resto de proyectos financiados con fondos comunitarios (FEDER, FSE, FEOGA-G). Cabe recordar que, en general, los reglamentos comunitarios que regulan los fondos estructurales —que financian estas iniciativas— no permiten que un proyecto sea financiado íntegramente por fondos comunitarios y, además, que el proyecto siempre debe contar con fondos nacionales que financien con carácter previo la actuación. Desde nuestro punto de vista, y a falta de argumentos en contra, no existen razones teóricas para categorizar como ayudas exentas estas iniciativas, teniendo en cuenta además el elevado importe económico que las mismas representan dentro del presupuesto conjunto comunitario.

Sin perjuicio de lo anterior, en relación con este ámbito de los fondos europeos, consideramos muy deseable que se lancen puentes de conexión entre las actuaciones realizadas por las autoridades competentes (comunitarias y nacionales) en ese ámbito y las que podrían lanzarse en materia de ayudas de Estado.

No en vano, las auditorías realizadas en sede de proyectos financiados por fondos europeos en relación con la verificación del cumplimiento de la normativa aplicable (de contratación pública, de subvencionalidad de los gastos, de información y publicidad, etc.) ofrecen una fuente de información muy valiosa de en qué medida se está cumpliendo esa otra política horizontal de obligado cumplimiento, la de ayudas de Estado. El reforzamiento de la evaluación *ex ante* y *ex post* de dichas ayudas por parte de las autoridades competentes tendría aquí un punto de partida muy interesante.

En cuarto lugar, si las medidas comentadas pudieran perseguir un hipotético reforzamiento de la responsabilidad de los Estados en la fase de control *ex ante*, cabe plantearse la existencia de una dificultad añadida, que se encontraría en la amplia heterogeneidad de las estructuras de control existentes en los países inte-

21. JEREMIE se refiere a recursos europeos conjuntos para pymes. JASPERS, a la asistencia conjunta en proyectos de regiones europeas.

grantes de la UE, en los que —en una mayoría de ellos[22]— las autoridades de competencia carecen de funciones en este campo, a diferencia, por cierto, de lo que ocurre en Dinamarca o en España con la CNC, si bien con las evidentes limitaciones impuestas por su normativa reguladora.[23] Solo si los principios fundamentales de dichos controles (objetivos, sectores estratégicos, verificaciones documentales o sobre el terreno) quedan perfectamente delimitados, la heterogeneidad de estructuras existente no minará el resultado final de reforzar el control efectivo por parte de los Estados.

Por último, por lo que se refiere a la realización de controles *ex post* por la Comisión Europea, sería muy recomendable que si se flexibilizan los controles comunitarios *ex ante* pueda al menos ponerse en marcha de forma sistemática una evaluación *ex post* por parte de aquella. En este sentido, las auditorías de control efectuadas por los órganos comunitarios (Tribunal de Cuentas, en especial) reflejan habitualmente que, por ejemplo, a pesar de que los Estados deben garantizar el cumplimiento del umbral máximo de las ayudas *de minimis* a través de diferentes vías (declaraciones de las empresas beneficiarias, registros centrales de ayudas), en la práctica esa responsabilidad no es evaluada por la Comisión Europea de forma regular y periódica, por lo que no se conoce con certeza el grado de cumplimiento real de la normativa.

Dichos controles *ex post* servirían para evaluar, con datos perfectamente constatables, los posibles efectos anticompetitivos de las ayudas sobre las empresas competidoras y, en última instancia, sobre los consumidores, retroalimentando con esta información a las entidades concedentes para evitar posibles nuevas restricciones en el futuro.

Por todo ello, si con la reforma propuesta se amplían los supuestos en que las ayudas van a escapar del control estricto que supone el proceso de notificación y/o de comunicación, es de suponer que estos problemas tiendan a agravarse en importancia si no se toman con firmeza medidas correctoras en línea con lo expuesto anteriormente.

3.3. Priorización de las denuncias, no a cualquier precio

Según la propia Comisión Europea, el número de las denuncias recibidas, y sobre todo el de las pendientes, no ha dejado de crecer durante el periodo 2006-2010.[24]

22. Es relativamente frecuente que los Estados miembros de la UE de más reciente adhesión cuenten con una oficina específica dedicada a la coordinación de las ayudas de Estado nacionales, a diferencia de los Estados de mayor antigüedad, en los que dichas funciones se realizan desde los propios departamentos ministeriales.

23. Ver sobretodo el artículo 11 de la Ley 15/2007 de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. Como se desprende de dicha lectura, la CNC analiza las ayudas realizando recomendaciones a las AA. PP pero ni sus informes son vinculantes ni aquella cuenta con medios humanos y materiales para poder realizar un tratamiento fiscalizador homogéneo de todas las ayudas concedidas por el Reino de España.

24. El 1 de enero de 2008 quedaban pendientes 192, aumentando a 233 un año después y a 270 en 2010.

A pesar de que el artículo 10 del Reglamento de procedimiento —ya citado anteriormente— señala que la Comisión deberá proceder a su examen sin demora, no existe un plazo jurídicamente vinculante para la tramitación de las mismas, de forma que tanto el examen previo como la investigación formal pueden requerir un tiempo considerable e indeterminado.[25]

Cuando la Comunicación precisa que se debe permitir a la Comisión Europea que fije prioridades para el tratamiento de las denuncias, con el fin de que puedan tratarse antes las de las posibles ayudas con amplios efectos sobre la competencia comunitaria,[26]como en otros aspectos de la Comunicación, tampoco en este se profundiza en demasía. Sin embargo, sin perjuicio de que la responsabilidad última del buen funcionamiento del sistema es de la propia Comisión Europea, parece evidente que cualquier alteración del *statu quo* actual no saldría adelante sin la implicación y el reforzamiento de los controles a desarrollar por parte de los Estados miembros a través de mecanismos de cooperación.

De lo contrario, si las denuncias de alcance local dejan de ser tramitadas y resueltas en un plazo razonable, se producirán efectos muy negativos para el propio mantenimiento del sistema. Solo a través de la cooperación voluntaria con las autoridades nacionales pueden llegarse a conseguir mejoras en el procedimiento de tramitación de las denuncias. Estamos pensando, por supuesto, en los jueces y tribunales pero sobre todo en el resto de entes encargados de realizar tareas de control, ya sean autoridad de competencia o no.

Para ello consideramos muy recomendable que las autoridades comunitarias expliciten los criterios concretos que se comprometen a aplicar a la hora de priorizar las denuncias y que, al mismo tiempo, precisen con una periodicidad, al menos anual, todas aquellas denuncias que escaparían del interés estrictamente comunitario, de forma que dicha información —salvados los problemas de confidencialidad— se hiciera pública a través de su recogida, por ejemplo, en la página web de la Dirección General de Competencia de la Comisión Europea.

Del mismo modo, una vez que se fuera produciendo la resolución de las mismas, sería igualmente recomendable la publicación de los fundamentos de dichas resoluciones de forma que se vaya creando un acervo comunitario clarificador de un ámbito de actuación administrativo que puede considerarse pacíficamente, excesivamente opaco en la actualidad.

25. Un dato es suficientemente esclarecedor: la mitad de los asuntos tramitados mediante un procedimiento simplificado —en principio los asuntos más fáciles y que no conllevan problemas de evaluación— no se resuelven en un plazo de un año. Así mismo, la mayor parte de los procedimientos de investigación formal duran igualmente más de un año.

26. Según datos de la propia Comisión, un tercio de las quejas se refieren a temas de mercado interno que no merecen seguimiento comunitario, otro tercio merecerían un seguimiento menor y un último tercio sería el que de verdad tendría dimensión comunitaria.

4. Implicaciones de la reforma en las funciones en materia de ayudas de la CNC

Las funciones de la CNC en materia de ayudas públicas[27] están recogidas en el artículo 11 de la Ley 15/2007 de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, además de en la normativa que la desarrolla, donde destaca la normativa relativa al análisis de las ayudas en relación con sus posibles efectos sobre el mantenimiento de la competencia efectiva en los mercados, pudiendo en base a ella emitir informes y dirigir recomendaciones al conjunto de entes integrantes de las Administraciones Públicas que, en ningún caso, son vinculantes para las mismas. Sin perjuicio de lo anterior, la CNC cuenta con la posibilidad de impugnar ante la jurisdicción competente actos administrativos o disposiciones de rango inferior a ley, de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de la competencia efectiva en los mercados.

A lo largo de los párrafos anteriores ya se pueden vislumbrar algunas de las implicaciones que las medidas contempladas en la Comunicación pueden suponer para las autoridades de competencia que, como la CNC, desarrollen funciones en esta materia. Estas implicaciones se desarrollarían en diferentes aspectos:

En primer lugar, en la medida en que buena parte de las medidas de modernización planteadas parecen conllevar un reforzamiento de las actuaciones y, en general, de la responsabilidad de los Estados miembros de cara a la verificación de su correcta adecuación a la normativa comunitaria de ayudas públicas, es fundamental afirmar con carácter previo que solo a través de la cooperación y el convencimiento por parte de la Comisión de los Estados miembros de las bondades de la reforma, se podrán conseguir los resultados perseguidos. El grado de indeterminación de la Comunicación es muy amplio y no siendo previsibles rechazos frontales tampoco lo son apoyos iniciales entusiastas.

En consecuencia, resulta prioritario que se articulen vías de cooperación con las autoridades nacionales más directamente implicadas en este tipo de controles (*ex ante* o *ex post*) sobre ayudas públicas. La Comunicación es especialmente parca a la hora de decantarse por que dichas autoridades deban ostentar determinada naturaleza o cualificación (por ejemplo, de autoridades de competencia), es de suponer que en aras del respeto de la autonomía de los propios Estados miembros.

Sin embargo, parece evidente que, si estas vías de cooperación se ponen en práctica, deben ofrecerse por parte de aquellos suficientes garantías de independencia e imparcialidad en las evaluaciones que lleven a cabo. Dado el estatus

27. Para una aproximación a dichas funciones puede consultarse el artículo titulado «Promoción de la competencia y ayudas públicas: el papel de la autoridad nacional de la competencia», Anuario ICO de la competencia 2010 (págs. 151-173). Por lo que se refiere a la normativa que desarrolla las funciones del artículo 11 del LDC 15/2007 cabe mencionar los arts. 7 y 8 del Real Decreto 261/2008 de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de defensa de la competencia.

jurídico que ostenta,[28] estas cualidades podrían considerarse presentes en el caso de la CNC, sin perjuicio de la existencia de ciertos aspectos que deberían plantearse, como los que son analizados a continuación.

En segundo lugar, como puede apreciarse de la lectura de los preceptos mencionados anteriormente, las funciones que, en materia de ayudas públicas, ejerce la CNC no posibilitan que esta lleve a cabo un análisis completo y sistemático del conjunto de las ayudas públicas que podrían quedar fuera del sistema de control comunitario si se llegase a concretar la reforma.

Cabe recordar que desde el inicio de su actividad en 2007, la CNC siempre ha pretendido ejercer una labor didáctica en relación con los gestores de ayudas, precisamente porque era consciente tanto de las posibilidades que dichas funciones les abrían como de las no menos importantes limitaciones existentes. De esta forma, se ha intentado trasladar a dichos gestores los principios teóricos y prácticos que sustentan el análisis de las ayudas desde el punto de vista de esta autoridad de competencia. Se trataba con ello de paliar, desde la promoción de la competencia, las carencias y los costes que podrían asociarse a un sistema *completo y permanente* de fiscalización por parte de la misma, con vistas a un doble resultado: que ellos mismos pudieran realizar este tipo de análisis y que conozcan, con mayor seguridad, el razonamiento que realizará la CNC en caso de que considere oportuno pronunciarse.

Por otro lado, por este motivo, en relación con las nuevas categorías de *ayudas exentas y de minimis*, serán los entes públicos nacionales concedentes de ayudas los que, con mayor probabilidad, asumirían esa responsabilidad. Podría suponerse que realizando auditorías de verificación del cumplimiento de la normativa, ya sea aprovechando los entes de control ya existentes o desarrollando *ad hoc* competencias fiscalizadoras. Todo ello sin perjuicio de que en casos puntuales, y de forma ocasional, cuando la actuación objeto de análisis presente un alto riesgo de afectación al mantenimiento de la competencia efectiva en el mercado nacional, dicha labor pudiera ser realizada solicitando el asesoramiento de la Autoridad de Competencia.

Por su parte, en lo que se refiere a las *ayudas notificadas a la Comisión Europea*, si la conclusión que puede extraerse de la asunción de mayor responsabilidad por parte de los Estados en el proceso de control *ex ante* —como parece defender la Comunicación— es que, en contraprestación, puede producirse una reducción de plazos en cuanto al proceso de autorización por parte de las autoridades comunitarias. Cabe indicar que, sin dejar de suponer que se trata de una posibilidad ciertamente interesante para los Estados, es difícil predecir el cálculo de los efectos a largo plazo sobre el bienestar general que realizarán estos, e incluso en qué medida la asunción de estas nuevas funciones compensaría el esfuerzo presupuestario a corto plazo, que seguramente debieran realizar para ponerla en marcha.

28. Ya sea en su actual denominación de CNC o en la de CNMC, si finalmente se aprueba el Proyecto de Ley actualmente en tramitación parlamentaria.

Del análisis coste-beneficio en este asunto, y no tanto de complejas elucubraciones teóricas, dependerá principalmente el interés de aquellos. En este nivel práctico, y llevando al último extremo la necesaria motivación de los Estados, en los casos en que se refuerce en la medida propuesta por la Comisión los controles tanto *ex ante* como *ex post* de las ayudas públicas, incentivos como, por ejemplo, un hipotético mayor porcentaje de recepción de fondos europeos, no deberían descartarse, ya que la simple aceleración de los trámites de notificación y autorización de ayudas podría no ser lo suficientemente motivadora.

Obviamente, también en este campo podría plantearse la posibilidad de que la Autoridad de Competencia realizara la tarea de verificación previa de las ayudas de Estado notificadas a la Comisión Europea. Es cierto que en virtud del artículo 11.3 de la LDC 15/2007, la CNC es informada de todos estos proyectos de ayudas con carácter previo a su notificación comunitaria y que puede pronunciarse realizando recomendaciones o sugerencias de mejora, pero es una función que, teniendo en cuenta los plazos concedidos y que este tipo de ayudas ya son evaluadas por la Comisión Europea con posterioridad, se utiliza más como fuente de información con fines de registro, ya que alimenta una base de datos de carácter público sobre ayudas públicas (sobre las ya mencionadas ayudas notificadas pero también sobre las exentas, no así sobre las ayudas *de minimis*) publicadas en diarios oficiales.

En otro orden de cosas, en relación con lo señalado en la Comunicación en relación con la *priorización de ciertas denuncias* sobre ayudas con respecto a otras de alcance principalmente local, cabe señalar que en la actualidad no es muy infrecuente que los operadores, al mismo tiempo que registran la oportuna denuncia en sede comunitaria, realicen actuaciones similares ante la CNC, solicitando de esta un pronunciamiento. En este tipo de casos, cuando el alcance del objeto litigioso sea de carácter eminentemente local, no cabría descartar que se pudieran entablar relaciones más fluidas que las actualmente existentes entre ambas autoridades pero, mientras no cambien las reglas del juego, la responsabilidad última sobre el expediente seguiría siendo comunitaria.

En resumen, cualquier transformación de las funciones actuales reseñadas en materia de ayudas de la CNC en una fiscalización completa y permanente por parte de la Autoridad de Competencia requeriría de la indicación de este extremo en la normativa nacional, aparte de la necesaria dotación de medios humanos y materiales para la tarea, elementos que dado el actual contexto presupuestario parecen complicados, si bien no descartables.

En tercer lugar, a pesar de que las funciones de la CNC en este campo no son vinculantes, son numerosas las iniciativas lanzadas por esta, de reducido coste, que de alguna forma ponen en práctica buena parte de las medidas recogidas en la Comunicación en relación con el reforzamiento de los controles nacionales.

Por ejemplo, en relación con la realización de controles *ex ante* de aquellas actuaciones que de alguna forma podrían estar escapando al control comunitario de ayudas de Estado, puede citarse la parte sectorial del *III Informe Anual de Ayudas*

Públicas[29] relativo a las actuaciones realizadas en España por Administraciones Públicas, aeropuertos y aerolíneas para atraer la presencia de las últimas en aquellos.

En otro orden de cosas, por ejemplo, el reciente informe IPN 76/12 sobre los proyectos de órdenes de costes subvencionables al transporte de mercancías con origen o destino en Canarias,[30] a pesar de referirse a ayudas de Estado que habían sido notificadas a la Comisión Europea adecuándose a la normativa comunitaria, presentaba en los proyectos de órdenes analizadas que las desarrollaban ciertas carencias en cuanto a las garantías de efectiva proporcionalidad de los costes subvencionables aplicables en estas operaciones. Por otro lado, también en relación con el análisis, desde una perspectiva de competencia, de las ayudas *de minimis* pueden citarse, entre otras, actuaciones como la reciente elaboración del informe sobre la limitación reglamentaria a desmotadoras de algodón para participar como organismos colaboradores en el régimen de ayudas a productores de algodón.[31]

Todos ellos están disponibles en la página web de la CNC y son buenos ejemplos de la relevancia de las funciones que, en materia de ayudas, pueden jugar las autoridades nacionales, en el marco de la necesaria labor de complementariedad con respecto a las autoridades comunitarias. Esta labor le lleva además a ejercer igualmente funciones de promoción de la competencia en relación con todas aquellas medidas regulatorias (con posibles implicaciones en materia de ayudas) que pueden tener impacto negativo sobre la competencia.[32]

5. Conclusiones

La iniciativa lanzada por la Comisión Europea con esta Comunicación sobre modernización de las ayudas estatales en la UE, no obstante su alto grado de indefinición y sin perjuicio de aspectos eminentemente positivos (previsión de mayor contenido económico en el análisis, aclaración del concepto de ayuda, reforzamiento de las evaluaciones *ex post*), presenta no menos evidentes lagunas en aspectos sustancialmente relevantes para su puesta en práctica (elevación del umbral de ayudas *de minimis* y ampliación de las categorías de ayudas exentas, priorización de las denuncias, reforzamiento de la responsabilidad de los Estados miembros).

29. Páginas 47 a 89 del informe de ayudas públicas 2010, recogido en la web de la CNC (http://www.cncompetencia.es/Inicio/AyudasPublicas/Informes/tabid/218/Default.aspx).

30. Página web de la CNC: http://www.cncompetencia.es/Inicio/Informes/Informessobrenormativa/tabid/166/Default.aspx.

31. Página web de la CNC: http://www.cncompetencia.es/Inicio/Informes/Informessobrenormativa/tabid/166/Default.aspx?pag=2.

32. Buen ejemplo de ello son las recomendaciones formuladas en relación con el Proyecto de Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, en las que se aboga por el libre acceso a la información agregada que sobre ayudas públicas concedidas pueden disponer las Administraciones Públicas, sea cual sea la naturaleza de aquellas.

Habrá que esperar a su concreción para una valoración en profundidad que, no obstante, a pesar de ello, se puede calificar inicialmente como positiva.

La valoración que en este momento puede realizarse lleva a considerar que sería muy aconsejable la utilización en mayor profundidad del análisis económico en la identificación de los principios comunes aplicables a todas las ayudas y, en especial, a los fallos de mercado que pretenden justificar las mismas. Igualmente, sería recomendable profundizar mucho más en lo referente al análisis de la adecuación del instrumento utilizado (ayuda pública) y en la necesidad de romper con la evaluación exclusivamente prospectiva con el reforzamiento de los controles *ex post*, así como las ventajas de trabajar en red y construir sobre los conceptos acumulados por la práctica de la defensa de la competencia.

No obstante, algunas de las medidas planteadas en la Comunicación adolecen de un excesivo *voluntarismo* por parte de la Comisión Europea, obviando quizás en exceso que, sin adecuados cauces de cooperación, la mayoría de estas reformas serán difícilmente puestas en práctica. Si bien consideramos posible que los Estados miembros estén especialmente interesados en ajustar sus actuaciones a la normativa aplicable en materia de ayudas de Estado, y que ello debería realizarse tanto por razones de lealtad con el resto de socios europeos, como por razones más pragmáticas, relativas a una eficiente utilización de los fondos públicos, en la práctica es bastante probable que, al menos, parte de los miembros de la UE sigan percibiendo más costes que beneficios en dicha tarea.

Para evitar esto, sería interesante que se diseñara un instrumento de relación con las autoridades nacionales que incentive la realización de controles adicionales a cambio de ventajas palpables, y que dichas ventajas no se centren solo en una mayor rapidez de las notificaciones de ayudas realizadas, sino en otras medidas de mayor capacidad incentivadora.

Por último, la Comunicación explicita, en alguna de las medidas propuestas, actuaciones que ya se han llevado a cabo por la Autoridad de Competencia española (CNC) en sus cinco años de funcionamiento, lo que hace que contemos con una experiencia relevante con respecto a otros países de nuestro entorno. No obstante, el carácter puntual de estas actuaciones en materia de ayudas no permitiría ni *de iuris* ni *de facto* una sustitución de las actuaciones de la exclusiva responsabilidad de la Comisión Europea, al menos mientras no se modifiquen en esta materia los Tratados comunitarios. A pesar de ello, existe suficiente margen de maniobra para mejorar las vías de comunicación y cooperación con la Comisión de las Autoridades de Competencia en general, y de la CNC en particular, de modo que esta pueda realizar, si se la dota de las funciones y medios imprescindibles, una labor aún más relevante de intermediación, asesoramiento y fiscalización en asuntos de ayudas públicas, en especial, en las de alcance predominantemente local.

TRANSPARENCIA, COMUNICACIÓN Y DEFENSA DE LA COMPETENCIA*

MIGUEL ÁNGEL MARTÍN DE PABLOS
Responsable de Comunicación en la Comisión Nacional de la Competencia

1. Introducción

Desde el punto de vista de la comunicación, la reforma del sistema español de defensa de la competencia ha supuesto un cambio radical de planteamiento. La Ley 15/2007 impone a la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) unas obligaciones explícitas de transparencia y publicidad que han sido fundamentales para cambiar el modelo de comunicación externa de la autoridad española de la competencia. Pero el cambio no se ha debido solo al mero cumplimiento de las disposiciones legales, sino que ha venido dado también por un cambio de actitud de la propia institución desde el entendimiento de los beneficios que para sus actividades ordinarias tienen la publicidad y la transparencia.

Así pues, los cambios operados desde el punto de vista de la repercusión social de las acciones de la CNC se deben al reforzamiento general de la autoridad española de competencia y al aumento del número de actuaciones, pero también a la implementación de una nueva política de comunicación.

Para la CNC la política de comunicación externa es importante por varios motivos. En primer lugar, es una pieza necesaria para que la disuasión de las acciones de *enforcement* tenga lugar. En segundo lugar, ayuda a que las acciones de promoción de la competencia tengan éxito, haciendo llegar los mensajes de la CNC a sus destinatarios y al conjunto de la opinión pública. En tercer lugar, es importante para la consolidación de la imagen institucional de la CNC.

El presente artículo está organizado del siguiente modo: en los apartados 2, 3 y 4 se exponen las iniciativas de las autoridades de competencia en España y otros

* Las opiniones vertidas en este artículo lo son a título personal y no deben identificarse como opinión de la Comisión Nacional de la Competencia.

países para mejorar la comunicación de sus actividades; el apartado 5 se centra en la importancia de la reputación, desde el punto de vista de las empresas y de las autoridades de competencia; y, por último, el apartado 6 expone las conclusiones.

2. La consolidación de la imagen institucional de la CNC

En el giro de cinco años, la imagen institucional de la autoridad española de la competencia se ha transformado totalmente, pasando de estar constituida por organismos poco transparentes y con una presencia marginal en los medios de comunicación a lograr una presencia diaria muy importante. En gran medida esta transformación viene dada por la propia transformación operada en la Autoridad española de defensa de la competencia que ha incrementado de forma muy importante sus actividades, tanto de defensa como de promoción de la competencia. Este reforzamiento institucional se ha visto secundado por una política de comunicación mucho más activa, impulsada desde el momento mismo de la creación de la CNC con el Plan de Lanzamiento 2008-2009.

En un primer momento, lograr el reconocimiento de los medios de comunicación, de las empresas, de los distintos interlocutores de las Administraciones Públicas y del público en general fue uno de los objetivos prioritarios de la política de comunicación de la CNC. La consolidación de la imagen institucional de la CNC parece un objetivo logrado ya en gran medida después de cuatro años de funcionamiento de la institución, pero no tan obvio quizá en 2007-2008, dado que se trataba de una institución nueva y, por lo tanto, hasta cierto punto desconocida.

Uno de los grandes problemas de la evaluación de la política de comunicación, sin embargo, reside en la dificultad de medir adecuadamente los resultados de la misma. Como se ha comentado en la Introducción, el cambio operado en la política de comunicación de la CNC ha sido de 180 grados. Pero ¿cuáles han sido los resultados desde un punto de vista cuantitativo? ¿Cómo podemos medir el impacto de los mensajes y el grado de reconocimiento de la institución como tal?

Hasta ahora, no se ha prestado demasiada atención a la medición y análisis de las apariciones de la CNC en los medios de comunicación. A los efectos de este artículo, para ofrecer una visión general de los resultados obtenidos, y con todas las limitaciones[1] existentes en el análisis realizado, se han medido los impactos[2] diarios en el Resumen de Prensa Diario del Ministerio de Economía que incluye

1. Las limitaciones vienen dadas por el número de medios considerados (por ejemplo, no se contempla la prensa regional ni la especializada) y por el tipo de medios (no se incluyen los medios digitales de ningún tipo). Además, no se hace valoración de los impactos (de modo que cuentan igual las menciones positivas y las negativas), ni se ponderan los impactos (cuentan igual un impacto en una portada y en una página interior). A pesar de estas limitaciones, la medición en los medios considerados sigue teniendo valor porque, dado el liderazgo que estos medios siguen teniendo en la opinión pública, es de esperar que un impacto importante en ellos lleve aparejado un impacto correspondiente en la prensa regional y en los medios digitales.

2. Por impacto se entienden los artículos en los que aparece mencionada la CNC.

todos los diarios generales de ámbito nacional y toda la prensa económica, en el periodo que va de 1 de septiembre de 2011 a 31 de octubre de 2011.

Como puede observarse en el Gráfico 1, la presencia de la Comisión Nacional de la Competencia se ha convertido en habitual en los medios de comunicación españoles. La autoridad española de la competencia ha dejado así de ser un actor esporádico y marginal en los medios de comunicación, para convertirse en una de las instituciones públicas con presencia diaria, en algunos casos muy importante, en dichos medios.

Gráfico 1

El Gráfico 2 subraya todavía más claramente la presencia cotidiana de la CNC en los medios de comunicación, al mostrar los impactos totales por semana. Como se puede ver en el gráfico, en algunas semanas, el número total de impactos puede superar los 30.

Gráfico 2

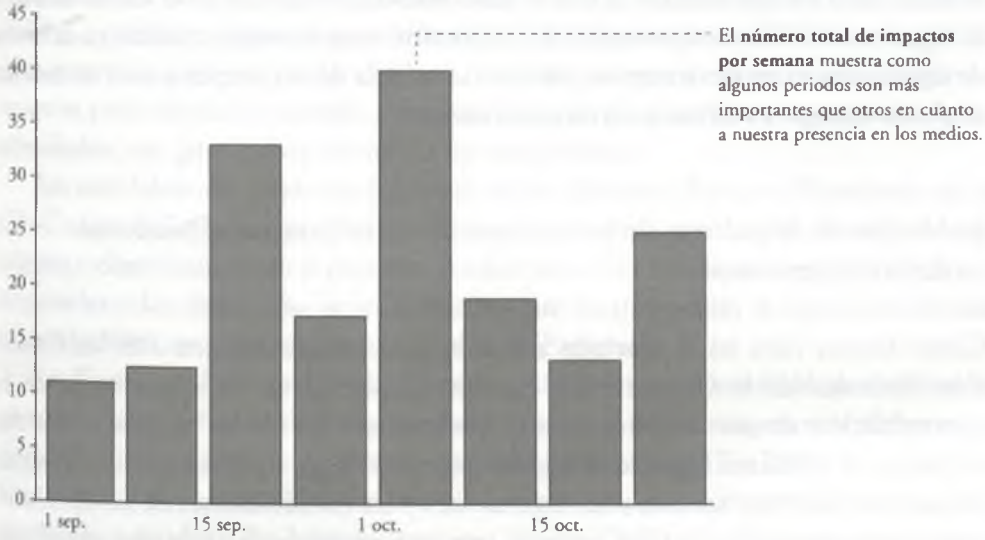
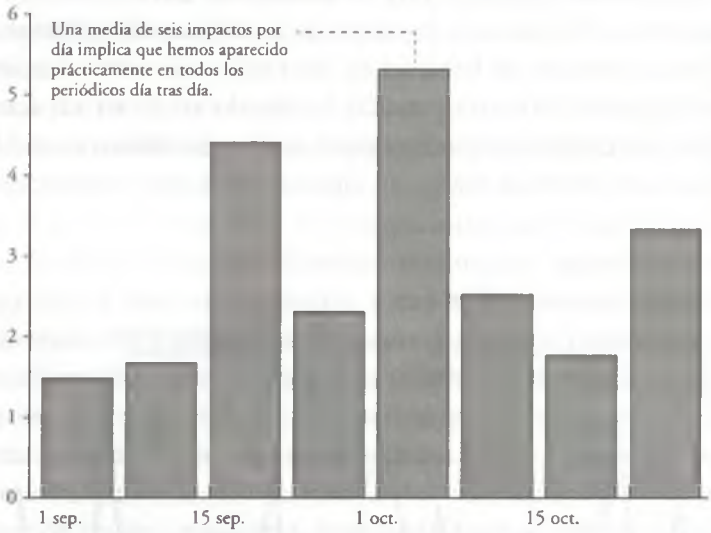


Gráfico 3



La **media diaria de impactos por semana** muestra de un modo aun más claro que nuestra presencia en los medios es especialmente intensa en ciertas semanas. La imagen institucional de la CNC se consolida así de un modo escalonado.

Por último, las medias diarias de impactos por semana acaban de darnos una idea de hasta qué punto la Comisión Nacional de la Competencia recibe un tratamiento muy positivo en los medios de comunicación de ámbito nacional. Medias diarias, en algunas semanas, superiores a cinco, implican haber aparecido en muchos de estos periódicos prácticamente a diario y, consecuentemente, la posibilidad de haber hecho llegar los mensajes y la información sobre las acciones de la CNC a un gran número de lectores.

Este tránsito, desde la periferia informativa hacia el centro de interés de los medios de comunicación es un cambio fundamental entre la antigua autoridad de defensa de la competencia y la nueva. Esta nueva centralidad de la CNC ofrece a la organización nuevas oportunidades para colocar sus mensajes, influir en la toma de decisiones, extender a nuevos públicos la cultura de la competencia y aumentar el efecto disuasorio de sus políticas de *antitrust*.

3. Medios de la política de comunicación de la Comisión Nacional de la Competencia

Como hemos visto en el apartado anterior, desde su creación en 2007 la Comisión Nacional de la Competencia ha sido consciente de la importancia de la comunicación de sus acciones para el buen desarrollo de las mismas. Para dar respuesta al mandato legal de transparencia que obliga a publicar todas las resoluciones e informes, así como las incoaciones y las notificaciones de las operaciones de concentración, la CNC cuenta con una página web en la que se reflejan puntualmente todos estos sucesos. Pero, como ya se ha comentado, la CNC ha pretendido ir más allá del mero cumplimiento del mandato de transparencia

contenido en la Ley 15/2007, recurriendo a instrumentos o ensayando nuevas fórmulas de comunicación para mejorar esta y ampliar el círculo de potenciales destinatarios.

Uno de los elementos centrales de la política de comunicación durante estos años ha sido el de la parcial externalización de la misma, con la contratación de una agencia de comunicación, que es la que mantiene la relación cotidiana con los medios de comunicación. La externalización parcial de la política de comunicación ha sido una de las claves del éxito de la misma. Por un lado, permite una gran flexibilidad a un coste muy moderado. Efectivamente, las labores de comunicación tienen grandes altibajos a lo largo del tiempo: mantener un gabinete de comunicación exclusivamente interno implicaría seguramente para la autoridad de competencia el empleo de más efectivos para poder atender los picos de demanda de información (personal que estaría, sin embargo, infrautilizado en los momentos de baja demanda). La externalización parcial permite trasladar a la agencia de comunicación estos problemas de fluctuación de necesidades de información manteniendo una estructura muy pequeña dentro de la CNC.

La agencia de comunicación permite una relación mucho más cercana con los periodistas que acaba redundando en una fidelización de los mismos (logrando que se interesen de forma habitual por los temas de competencia y que el tratamiento de la CNC sea favorable). Además, la agencia de comunicación aporta, además de su especialización y relaciones con los medios de comunicación, un punto de vista externo a la hora de valorar la oportunidad y resultados de las acciones de comunicación, que suele ser muy útil, porque es bastante normal que las personas que pertenecen a la organización tengan más dificultades para mirar de forma objetiva lo que hace esta.

Esta tarea cotidiana de colaboración con los medios de comunicación se complementa con las entrevistas y artículos sobre temas particulares del Presidente de la CNC, portavoz único de la institución. El Presidente de la CNC tiene también una presencia habitual en los distintos foros de competencia que tienen lugar en nuestro país, además de acudir a las peticiones de asociaciones empresariales, universidades, etc. para hablar de temas de competencia.

En esta labor de presencia habitual en los distintos foros, el Presidente de la CNC es secundado por muchos de los miembros de la institución, desde los consejeros y directores, hasta el personal predirectivo. El objetivo es siempre el mismo: responder a las demandas de información que ha provocado la aparición de una autoridad de competencia muy proactiva en España.

La Comisión Nacional de la Competencia ha tratado también de facilitar la comprensión y difusión de la normativa y beneficios de la competencia elaborando y publicando guías para distintos grupos de destinatarios. En 2009 se publicó la *Guía para la elaboración de Memorias de Competencia* de los Proyectos Normativos, destinada a ayudar a las Administraciones Públicas a evaluar sus proyectos normativos desde el punto de vista de la defensa de la competencia. En 2010, la CNC publicó una *Guía para Asociaciones Empresariales,* ofreciendo pautas a las asociacio-

nes sobre los factores que deben tener en cuenta para evitar la práctica de conductas anticompetitivas. En 2011, se hacía pública la *Guía sobre Contratación Pública y Competencia,* cuyo objetivo era fomentar la competencia en los procesos de contratación pública. En 2012, veía la luz una guía práctica para propietarios de inmuebles a la hora de contratar el mantenimiento de sus ascensores. Para informar de los beneficios del Programa de Clemencia se han desarrollado también folletos explicativos que se ponen a disposición de las empresas interesadas.

Otro hito importante en este esfuerzo de difusión de la cultura la competencia ha sido la realización, en colaboración con el Centro de Estudios Económicos y Comerciales (CECO), de un curso *on-line* de introducción a la defensa de la competencia, del que se han celebrado ya cinco ediciones, dando formación en Derecho de la competencia a personas que no pueden tener acceso a formación presencial en esta materia.

A medida que las acciones de la CNC han ido alcanzando más y más ámbitos de la actividad económica, el círculo de posibles destinatarios de los mensajes de los mismos se ha ido ampliando. Así, al cabo de 2 o 3 años, las actividades de la CNC afectaban y/o interesaban a un número creciente de grupos sociales, desde el estrecho mundo de los abogados especialistas en Derecho de la competencia, pasando por los medios empresariales (objetivo prioritario de la política de comunicación de la CNC durante este periodo), hasta alcanzar cada vez más al público general de los consumidores.

A medida que los posibles públicos-objetivos se amplían, la política de comunicación debe asumir nuevos retos, ya que comunicar al público general requiere otro lenguaje y otros medios. Fruto de esta necesidad han surgido iniciativas que buscan ese nuevo público. Desde mayo de 2010, por ejemplo, la Comisión Nacional de la Competencia cuenta con un perfil en Twitter que, a fecha de 1 de noviembre de 2012 contaba con más de 2800 seguidores. En 2010 y 2011, la CNC creó sendas infografías[3] explicando, respectivamente, los beneficios de la competencia y la necesidad de adoptar reformas procompetitivas en nuestra economía. Es muy probable, sin embargo, que esta necesidad de relacionarse con un público más amplio necesite mayor esfuerzo y mayores recursos.

4. El reforzamiento de la política de comunicación en un contexto internacional

Este renovado interés por la comunicación de las actuaciones de las autoridades de competencia no es exclusivo de la Comisión Nacional de la Competencia. A nivel internacional, son muchos los organismos de defensa de la competencia que han

3. Se pueden consultar en: http://www.cncompetencia.es/Inicio/ConocerlaCNC/QueeslaCNC/tabid/77/Default.aspx.

visto la necesidad de maximizar la difusión de sus actuaciones y divulgar, en general, la cultura de la competencia. A modo de ejemplo, y sin ningún afán de exhaustividad, exponemos a continuación algunas de las acciones de comunicación llevadas a cabo por diferentes autoridades de competencia:

— Campañas de publicidad para lanzar una nueva autoridad de competencia: la creación de las autoridades de Singapur, Brasil y Polonia ha venido acompañada de campañas de publicidad más o menos extensas para dar a conocer al público a la nueva institución y sus funciones.
— Campañas de publicidad para lanzar el Programa de Clemencia, como la realizada en Polonia en 2009 (con envíos de publicidad a 500 grandes empresas y anuncios en televisión).
— Organización de seminarios para públicos específicos: El Salvador realiza periódicamente seminarios con funcionarios para ayudarles a detectar posible pujas fraudulentas. La FTC estadounidense realizó toda una campaña por los distintos Estados para ayudar a las autoridades administrativas encargadas de gastar el dinero del programa anti-crisis a detectar la colusión en concursos públicos.
— Acciones formativas con niños y adolescentes: La Comisión de Competencia de Singapur distribuye, por ejemplo, cómics[4] con un formato cercano al *manga*, para dar a conocer la temática de la competencia. En Japón[5] y en EE. UU.,[6] las autoridades de competencia ha creado videojuegos divulgativos para explicar las bondades de la competencia. La autoridad italiana tiene un acuerdo[7] con el Ministerio de educación para explicar la temática de competencia en las escuelas.
— Participación en redes sociales: cuentan con una presencia activa en las redes sociales autoridades de países como Austria, El Salvador, EE. UU., Reino Unido, Rusia, etc. Las cuentas de Twitter de la Federal Trade Commission de EE. UU. o la británica Office of Fair Trading superaban en otoño de 2012 los 10.000 y 4.000 seguidores, respectivamente.

Todas estas acciones reflejan un interés creciente de las autoridades de competencia a nivel internacional por mejorar su comunicación, y un consenso bastante generalizado sobre las ventajas a medio y largo plazo de una buena comunicación de las actuaciones en defensa de la competencia y de la difusión de la cultura de la competencia.

4. http://www.ccs.gov.sg/content/ccs/en/Education-and-Compliance/Education-Resources/manga.html.
5. http://www.jftc.go.jp/kids/index.html.
6. http://www.ftc.gov/bcp/edu/microsites/youarehere/site.html#/the-food-court.
7. http://www.agcm.it/component/content/article/5897.html.

Esta preocupación por la comunicación aparece también en el marco de la Red Internacional de Competencia (ICN, International Competition Network) que, en su grupo de trabajo sobre promoción de la competencia, ha debatido extensamente cómo hacer llegar los mensajes de las autoridades de competencia a los distintos públicos de estas (empresas, abogados, legisladores, consumidores, etc.), procediendo a intercambiar experiencias de las distintas autoridades nacionales.

5. Reputación y aplicación del derecho de la competencia

5.1. La reputación de las autoridades de competencia

La aplicación de las normas de competencia está confiada en España, y en los países de nuestro entorno, a instituciones independientes. Por su naturaleza misma, las administraciones independientes basan su legitimidad en la excelencia técnica de sus decisiones y en la independencia con que las adoptan. Por la ausencia de control democrático —al que están sometidas las demás ramas de la Administración—, para las administraciones independientes la transparencia y la reputación son críticas.

Estos tres elementos básicos del funcionamiento de las administraciones independientes —independencia, excelencia técnica y transparencia— están estrechamente relacionados.[8] Puesto que están exentas del control democrático habitual, se les garantiza su independencia del poder político; pero el ejercicio de esa independencia solo tiene sentido si la administración independiente aplica criterios de excelencia técnica en la materia o materias de su competencia. Por otro lado, en las condiciones de independencia en las que operan, el único control de estas administraciones independientes lo da la opinión pública.[9]

Las administraciones independientes solo pueden funcionar correctamente si su reputación como árbitros en los sectores en los que intervienen se mantiene intacta. Y solo podrán mantener su reputación institucional si adoptan sistemáticamente sus decisiones de un modo independiente e irreprochable desde un punto de vista técnico (o independiente porque excelente técnicamente). La transparen-

8. Como se decía en el *Libro Blanco para la reforma del sistema español de defensa de la competencia,* (en su apartado 7), «la defensa de la competencia puede implicar una limitación de la libertad de decisión de las empresas que debe estar sólidamente justificada y que exige una especial responsabilidad de las autoridades administrativas con respecto a los administrados y a la sociedad en general. La transparencia de sus decisiones y de los criterios que guían su actuación es un elemento fundamental para permitir el control de su actuación y, en definitiva, para garantizar la equidad y proporcionalidad del sistema».

9. Es lo que señalaba el Plan de Lanzamiento de la CNC al hablar de la necesidad de fomentar la formación de una verdadera cultura de la competencia, considerándolo «esencial para favorecer la disuasión de los comportamientos anticompetitivos, conseguir el necesario apoyo social a las políticas de defensa de la competencia y legitimar a la CNC en su papel...».

cia es, en este sentido, el precio a pagar por la independencia, la forma de garantizar el control social de esa independencia.

Este juego de transparencia/excelencia técnica/independencia es vital para garantizar el respeto por parte de los administrados de las decisiones de la administración independiente, dado que el cumplimiento de las normas es mucho mayor cuando existe un consenso social en la bondad de las mismas y en su aplicación imparcial.[10] La aplicación efectiva de las normas de competencia precisa que los obligados por esas normas perciban que las autoridades de competencia adoptan decisiones justas, desde el punto de vista material, y correctas, desde el punto de vista procedimental.[11]

Como hemos visto, precisamente por depender críticamente de su reputación, las autoridades de competencia son instituciones frágiles. Determinados agentes económicos y grupos de presión pueden sentir la tentación de cuestionar la independencia y/o la excelencia técnica de las decisiones adoptadas. Y, en estos casos, la independencia y excelencia técnica han de defenderse en la arena pública (para lo cual una activa política de comunicación es necesaria).

Es probable, sin embargo, que los problemas para el buen funcionamiento de las autoridades de competencia vengan más por el lado de la Administración Pública, de la que al fin y al cabo forman parte.[12] Los demás poderes públicos deberían respetar y hacer respetar la independencia de las administraciones independientes. Los atentados contra esta independencia por parte de los poderes públicos (con efectos terribles para la reputación de aquellas instituciones) pueden ir desde los más burdos (como el nombramiento de cargos directivos de acuerdo con criterios no técnicos) hasta formas más sofisticadas de intentar influir en las decisiones de estos.

5.2. ...y la reputación de las empresas

Un aspecto importante de la difusión de la actividad represora de las autoridades de competencia tiene que ver con el coste reputacional que dicha actividad puede tener para las empresas y los individuos. El coste reputacional constituiría una suerte de sanción extralegal que tendrían que soportar los infractores de las normas de competencia. Caracterizar y medir correctamente este coste es importante para determinar el efecto de disuasión de dichas normas, porque completaría las multas

10. Como señalan Robinson, P.H. y Darley, J.M. 2004, pág. 177, cuando la norma se aparta de lo que la sociedad considera de un modo intuitivo como justo, es más difícil que los destinatarios de la misma la conozcan y ajusten su comportamiento a ella.

11. V. Parker, C. y Lehmann, V. 2011.

12. Sobre todo en países en los que, como España, las administraciones independientes tienen poca tradición.

u otro tipo de sanciones impuestas por las autoridades de competencia (y eventualmente confirmadas por los tribunales de justicia).[13]

Es posible distinguir cuatro posibles efectos:

1. *Efectos negativos en las relaciones con las contrapartes de la empresa investigada o multada:* se ha señalado que las empresas responsables de un comportamiento anticompetitivo recibirían una sanción (extralegal) impuesta de un modo descentralizado e informal por las propias fuerzas del mercado.[14] Ante un comportamiento contrario a las reglas del mercado, las empresas tenderían a «sancionar"»a la empresa infractora, rescindiendo los contratos con ella o reduciendo sus compras; y este sería ya un castigo con un cierto poder disuasorio. Se ha señalado, sin embargo, que en muchas conductas anticompetitivas —como los cárteles o los abusos de posición de dominio— la capacidad de las empresas de castigar a los infractores es muy limitada, ya que no podrían prescindir fácilmente de los suministros de éstos. No parece, en cualquier caso, que este eventual coste reputacional se haya dado de un modo significativo en España.
2. *Efectos negativos a largo plazo para la imagen de la empresa:* así como las políticas de responsabilidad social corporativa (RSC) se supone que mejoran en el largo plazo los resultados de las empresas que las aplican, cabría esperar un daño reputacional (con consecuencias para los resultados) de las empresas partícipes en actividades anticompetitivas. En este caso, los efectos se dejarían sentir a más largo plazo y estarían relacionados con cambios en la opinión que sobre las empresas infractoras tienen los consumidores finales (más que las contrapartes de una relación comercial).

   La falta de estudios impide saber hasta qué punto este coste reputacional está teniendo lugar en nuestro país (por ejemplo, desde la creación de la CNC). Es posible que, en casos puntuales (operadores petroleros, empresas eléctricas, sociedades de gestión de derechos de autor, empresas de telecomunicaciones, notarios), las acciones de la autoridad de competencia hayan tenido un coste reputacional para las empresas (probablemente, sobre todo reforzando las críticas a las que, por otros diversos motivos, ya están sometidas esas empresas).

   Lo más probable, sin embargo, es que estos efectos sean bastante limitados. En primer lugar, porque las empresas, en términos generales, tienen muchos más recursos para mantener su reputación que los que dispone la autoridad de competencia para dar difusión a sus incoaciones y sanciones.[15]

13. La OFT. 2011, pág. 73, encuentra, por ejemplo, que las empresas británicas, cuando son preguntadas, consideran que el daño reputacional tiene un efecto disuasorio mayor que las multas.

14. Ver Alexander, C. R. 1999.

15. Las empresas imputadas o sancionadas sistemáticamente niegan los cargos formulados por la CNC y rechazan por injustas y desproporcionadas las multas que se les imponen. Inédita está todavía la formulación de una

En segundo lugar, la cultura de la competencia es muy débil en España y las conductas anticompetitivas no generan un gran reproche social. Ni siquiera las más graves conductas, como los cárteles, producen un rechazo social parangonable a ilícitos equivalentes como la estafa[16] u otros delitos contra el patrimonio.[17] Como ocurre con otros delitos de cuello blanco, además, las conductas anticompetitivas son ilícitos de «caballeros», en los que todo el mundo parece asumir que los potenciales infractores pueden jugar a burlar la norma pero, si son descubiertos, no han de padecer grandes daños reputacionales.[18]

3. *Efectos más o menos inmediatos en el valor bursátil de las empresas cotizadas:* se ha señalado también que la incoación de un expediente sancionador o la imposición de una multa puede trasladarse de un modo casi inmediato al valor bursátil de las empresas cotizadas.[19] Esta traslación sería la expresión del castigo reputacional impuesto de nuevo por las fuerzas del mercado, que descontarían así las posibles multas, pagos por daños y perjuicios y otros daños reputacionales a largo plazo esperados. De nuevo, en el caso español, faltan estudios que demuestren o desmientan esta hipótesis. No obstante, todo parece indicar que, en el caso español al menos, estos efectos en la cotización de las empresas investigadas o sancionadas son muy limitados.
4. *Efectos negativos para la reputación profesional de los directivos implicados en las conductas anticompetitivas*: el Derecho de la competencia suele ser visto como un derecho de empresas; son las empresas las que tratan de maximizar su beneficio incumpliendo las normas, mientras que las autoridades de competencia imponen multas a empresas (no a individuos), generalmente vinculadas al volumen de ventas de esas empresas.

   Sin embargo, la comisión de un ilícito anticompetitivo es decidida por individuos concretos, con un determinado bagaje de conocimientos, actuando en un cierto contexto social/relacional y adoptando decisiones no siempre racionales. Quizá por ello este cuarto efecto reputacional es el más importante, ya que la condena social de estas conductas y el coste reputacional asociado a esa condena para los individuos implicados, podrían tener

---

disculpa, dirigida a consumidores, proveedores, clientes, etc. de una empresa declarada responsable de una conducta anticompetitiva.

16. John Vickers, el que fuera presidente de la OFT, no dudaba en equiparar los cárteles al hurto, ver Calvani, T. y Calvani, T. H. 2011, pág. 195.

17. Se trata de un problema bastante generalizado en todas las jurisdicciones —incluso en países en los que los ilícitos anticompetitivos son castigados con penas de cárcel—, pero que en España seguramente se ve acentuado por años y años de retórica anti-competencia. Ver Fraile Balbín, P. 1998.

18. Como señalaba E. Sutherland en su trabajo pionero sobre este tipo de ilícitos, el delincuente de cuello blanco típicamente no se concibe a sí mismo como un criminal. Sutherland, E. H. 1940.

19. Guenster, A. y van Dijk, M.A. 2011.

importantes efectos disuasorios.[20] Como ocurre con los tres apartados anteriores, sin embargo, se trata de unos efectos difíciles de trazar en España.[21]

6. Conclusiones

En los cinco años de existencia de la Comisión Nacional de la Competencia se ha producido un cambio fundamental en el modo y en los resultados de la comunicación de la autoridad española de competencia, pasando a ocupar un lugar relevante en la agenda económica de nuestro país. Esta nueva relevancia ha venido dada en gran medida por la nueva proactividad que la institución ha demostrado en todos los campos a raíz del cambio legislativo de 2007. Pero también hay que destacar que, desde el inicio, la CNC ha sido muy consciente de la necesidad de llevar a cabo una política de comunicación activa.

A nivel internacional, las autoridades de competencia son también cada vez más conscientes de las ventajas que tiene una buena comunicación de las acciones que realizan. En países como España, en los que la cultura de la competencia es muy débil, esta necesidad es todavía mayor.

Una buena comunicación tiene beneficios para las acciones de promoción de la competencia o *advocacy*; pero incluso para las acciones de *enforcement* la comunicación es necesaria si se quiere que dichas acciones maximicen su efecto disuasorio. En juego está, en definitiva, la reputación de las empresas infractoras y la de las propias autoridades de competencia.

Referencias bibliográficas

ALEXANDER, C. R. 1999. «On the nature of reputational penalty for corporate crime: evidence», en *Journal of Law and Economics*, vol. 42.

CALVANI, T. y CALVANI, T. H. 2011. «Cartel Sanctions and Deterrence», en *The Antitrust Bulletin*, Vol. 56(2).

CNC. 2009. *Guía para las Asociaciones Empresariales*.

CNC. 2007. *Plan de Lanzamiento de la CNC* (2008-2009).

FRAILE BALBÍN, P. 1998. *La retórica contra la competencia en España*, 1875-1975. Visor.

20. SIMPSON, S. S. 2011, pág. 489, por ejemplo, señala cómo, para mucho delitos de cuello blanco las sanciones reputacionales informales pueden ser tan disuasorias como las sanciones legales.

21. En este caso también por la falta de actividad relevante de las autoridades de competencia en los últimos años de cara a la sanción de los directivos. La CNC, por ejemplo, solo ha hecho uso en una ocasión (Resolución de 26 de septiembre de 2012, recaída en el expediente S/0335/11 CEOE) de la posibilidad que ofrece el art. 63.2 de la Ley de Defensa de la Competencia de imponer multas de hasta 60.000 euros a los representantes legales o a los integrantes de los órganos directivos de las empresas declaradas responsables.

GUENSTER, A. y VAN DIJK, M. A. 2011. «The Impact of European Antitrust Policy: Evidence from the Stock Market».

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y HACIENDA. 2005. *Libro Blanco para la reforma del sistema español de defensa de la competencia.*

MURPHY, K. 2004. «The Role of Trust in Nurturing Compliance: A study of accused tax avoiders», en *Law and Human Behavior*, Vol. 28.

OFT. 2011. *The Impact of Competition Interventions on Deterrence and Compliance.*

PARKER, C. y LEHMANN, V. 2011. «The Fels Effect: Responsive Regulation and the Impact of Business Opinions of the ACCC», en *Griffith Law Review,* vol. 20.

ROBINSON, P. H. y DARLEY, J. M. 2004. «Does Criminal Law Deter? A Behavioural Science Investigation», en *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 24, n.º 2.

SIMPSON, S. S. 2011. «Making sense of White-Collar Crime: Theory and Research», en *Ohio State Journal of Criminal Law*, vol. 8.

SUTHERLAND, E. H. 1940. «White-collar Criminality», en *American Sociological Review*, vol. 5.

EL AGOTAMIENTO DE UN MODELO: NOTAS SOBRE LA COMPLEJA CONVIVENCIA DE LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA CON LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL EN MATERIA DE DETERMINACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS

JOSÉ Mª FERNÁNDEZ SEIJO
Magistrado. Juzgado Mercantil n.º 3 de Barcelona

La entrada en vigor, el día 1 de septiembre de 2007 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), ha de suponer un cambio radical en la determinación de los mecanismos públicos de protección de la libre competencia en el marco del Estado español. El Preámbulo de la nueva Ley es claro al establecer el marco en el cual debe desarrollase la competencia al advertir que:

> La existencia de una competencia efectiva entre las empresas constituye uno de los elementos definitorios de la economía de mercado, disciplina la actuación de las empresas y reasigna los recursos productivos en favor de los operadores o las técnicas más eficientes. Esta eficiencia productiva se traslada al consumidor en la forma de menores precios o de un aumento de la cantidad ofrecida de los productos, de su variedad y calidad, con el consiguiente incremento del bienestar del conjunto de la sociedad.
>
> En este contexto, existe un acuerdo generalizado con respecto a la creciente importancia de la defensa de la competencia, que se ha consolidado como uno de los elementos principales de la política económica en la actualidad. Dentro de las políticas de oferta, la defensa de la competencia complementa a otras actuaciones de regulación de la actividad económica y es un instrumento de primer orden para promover la productividad de los factores y la competitividad general de la economía.
>
> Por ello, resulta preciso disponer de un sistema que, sin intervenir de forma innecesaria en la libre toma de decisiones empresariales, permita

> contar con los instrumentos adecuados para garantizar el buen funcionamiento de los procesos del mercado».

En consonancia con las modificaciones operadas en la Unión Europea —Reglamentos 1/2003 y 139/2004, ambos del Consejo— la LDC permitir dirimir en el ámbito de la jurisdicción civil los conflictos que surjan en aplicación de las normas de competencia. No debe olvidarse, en este punto, que la reforma operada en la Ley Orgánica del Poder Judicial por la LO 8/2003 de 9 de julio, para la reforma concursal, atribuía ya a los juzgados mercantiles la competencia para conocer respecto de los procedimientos de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea y su derecho derivado [artículo 86 ter.2 f) de la LOPJ].

Por lo tanto, siguiendo la pauta marcada por los reglamentos comunitarios mencionados, corresponderá a los juzgados y tribunales mercantiles el enjuiciamiento y fallo no solo de las cuestiones que pudieran afectar a la libre competencia conforme a la normativa comunitaria, sino también conforme a la normativa nacional.

Esta decisión del legislador supone un cambio cualitativo en el sistema de tutela, en la medida en la que se traslada al ámbito civil, concretamente a los nuevos juzgados mercantiles, el conocimiento de asuntos que hasta la fecha estaban sometidos a la fiscalización de órganos administrativos —el Tribunal de Defensa de la Competencia, hoy modificado— y a los recursos contencioso-administrativos que permitían la revisión jurisdiccional de las decisiones del Tribunal de Defensa de la Competencia.

En palabras de los tribunales:

> La jurisdicción civil opera de manera principal cuando se trata de salvaguardar los derechos subjetivos de las personas, resolviendo los conflictos entre particulares y, en consecuencia, tutelando el interés privado, mientras que las autoridades nacionales de defensa de la competencia deben velar por la protección del orden público económico (interés del mercado). Como consecuencia de este distinto ámbito de conocimiento corresponde a la jurisdicción civil declarar la nulidad de los contratos o de las cláusulas que puedan infringir las prohibiciones establecidas por el TCE (hoy TFUE). El objeto de conocimiento de la jurisdicción civil se ha reiterado en diversas sentencias del Tribunal Supremo. Así la sentencia de 1 de mayo de 2011 (FJ Sexto) señala que la conformidad o disconformidad de la actividad empresarial global de REPSOL con el Derecho de la Unión de defensa de la competencia corresponde a los organismos específicos de defensa de la competencia y, en su caso, a la jurisdicción contencioso-administrativa y, tras citar la referida sentencia de 22 de junio de 2006 y la posterior de fecha 5 de mayo de 2010 establece que según el sistema de reparto de competencias entre la jurisdicción civil y la

> contencioso-administrativa, cabe la posibilidad de que una concreta relación jurídica que aquella considere válida según el Derecho de la Unión sea sin embargo valorada negativamente por los órganos de defensa de la competencia, dentro del conjunto de los contratos celebrados por una misma operadora con los titulares de las estaciones de servicio, para imponer una sanción que a su vez sea confirmada por la jurisdicción contencioso-administrativa. (Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 27 de enero de 2012).

Esta reforma tiene una trascendencia no solo práctica, sino también simbólica, en la medida en la que los jueces mercantiles se convierten en un eje fundamental en la supervisión del funcionamiento de los mercados desde la perspectiva de la defensa de la competencia, habilitando la posibilidad de atraer al ámbito mercantil la defensa de la competencia que viene a integrarse como una norma material más dentro del conjunto de normas que disciplinan el libre funcionamiento del mercado —no solo la Ley de Competencia Desleal, sino también la Ley de Patentes y la Ley de Marcas—. Por otro lado, también en este plano práctico, se habilita un cauce procesal más ágil en el que las medidas cautelares, las diligencias preliminares de comprobación de hechos, las diligencias preparatorias, la prueba anticipada o el aseguramiento de prueba son instituciones procesales que se aplican con normalidad.

El permitir la nueva Ley que los afectados puedan acudir a la jurisdicción civil especializada, en vez de a los cauces administrativos, sin duda ha reducido los plazos de resolución en primera instancia de algunos conflictos, ya que los juzgados mercantiles han demostrado ser capaces de dar respuesta por sentencia en un procedimiento ordinario en un plazo medio inferior a un año; además los perjudicados podrán reclamar ante los tribunales mercantiles las indemnizaciones por los daños y perjuicios sufridos, instrumento más satisfactorio para las pretensiones de quienes compiten en el mercado que el de las meras multas o sanciones administrativas, que no repercuten directamente en quienes han alterado las normas de libre funcionamiento del mercado. No es baladí reproducir en este punto una apreciación realizada por la Audiencia Provincial de Madrid, sección 28.ª, especializada en materia mercantil y con una amplia práctica en la disciplina de la defensa de la competencia, que en sentencia de 7 de mayo de 2007 advierte que: «el interés de las normas sobre competencia no es tanto regular una disciplina como establecer unos límites a la autonomía de la voluntad desde la perspectiva del Derecho de la competencia. Ni los Tratados ni el Derecho derivado alteran la naturaleza del contrato, ni hacen aparecer un precio de venta donde no existe».

La Comisión Europea, en junio de 2011, en el proyecto de documento orientativo sobre cuantificación del daño en las acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 o 102 de funcionamiento de la Unión Europea considera que:

> Las acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas de la UE de defensa de la competencia desempeñan una función específica en la aplicación general de estas normas, al complementar su aplicación en la esfera pública. Aunque el derecho a reparación está reconocido por la legislación de la UE, actualmente hay una serie de obstáculos que se interponen para que las partes perjudicadas perciban en la práctica la reparación a la que tienen derecho. En su *Libro Verde. Reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia,* de 2005, la Comisión señaló las dificultades para cuantificar el daño individual sufrido por las partes perjudicadas como una de las cuestiones clave en las acciones de daños y perjuicios. En su *Libro Blanco,* de 2008, la Comisión anunció su intención de elaborar un marco con una orientación pragmática y no vinculante para la cuantificación de los daños y perjuicios sufridos en tales acciones.

Pocas pistas facilita la LDC respecto de las acciones que pueden ejercitarse al amparo de dicha normativa, puesto que la DA1 solo establece que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 86 ter 2. letra f de la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial, los Juzgados de lo Mercantil conocerán de cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil respecto de los procedimientos de aplicación de los artículos 1 y 2 de la presente Ley —conductas colusorias y abuso de posición dominante.

Para identificar las posibles acciones tal vez sea conveniente referir a las acciones que prevé la Ley de Competencia Desleal —artículo 32—: Contra los actos que infrinjan los artículos 1 y 2 de la LCD podrán ejercitarse de modo individual o acumulando varias de ellas las siguientes acciones:

1. Acción declarativa.
2. Acción de cesación de los actos colusorios o los que supongan una posición dominante o de prohibición de su reiteración futura. Asimismo, podrá ejercerse la acción de prohibición, si la conducta todavía no se ha puesto en práctica.
3. Acción de remoción de los efectos producidos por los actos de infracción.
4. Acción de rectificación de las informaciones.
5. Acción de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la conducta si ha intervenido dolo o culpa del agente.
6. Acción de enriquecimiento injusto.

Trasladadas estas categorías de acciones a la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) podría establecerse la distinción entre acciones meramente declarativas —artículo 521 de la LEC— y acciones en las que se recojan obligaciones de dar —artículo 701 para la obligación de dar cosa determinada y el 702 de la LEC para dar cosa genérica—, de hacer —artículo 705 de la LEC— o de no hacer —artículo 710

de la LC—; dentro de las obligaciones de dar deber hay que destacar especialmente la indemnización de daños y perjuicios —artículo 712 y concordantes de la LEC—. Esta distinción es especialmente en el momento de la ejecución de la posible sentencia estimatoria.

No debe olvidarse que en la jurisdicción civil, a diferencia de otras jurisdicciones, el perjudicado no solo quiere que se reconozca una infracción y que se paralicen los efectos de la misma, también reclama, normalmente de modo acumulado, que se le indemnicen los daños y perjuicios que le haya causado el comportamiento infractor.

En la determinación de daños y perjuicios debe tenerse en cuenta que tras la entrada en vigor de la LEC de 2000 dichas operaciones no pueden diferirse al trámite de ejecución de sentencia, sino que conforme al artículo 219 de dicho texto legal:

1. Cuando se reclame en juicio el pago de una cantidad de dinero determinada o de frutos, rentas, utilidades o productos de cualquier clase, no podrá limitarse la demanda a pretender una sentencia meramente declarativa del derecho a percibirlos, sino que deberá solicitarse también la condena a su pago, cuantificando exactamente su importe, sin que pueda solicitarse su determinación en ejecución de sentencia, o fijando claramente las bases con arreglo a las cuales se deba efectuar la liquidación, de forma que esta consista en una pura operación aritmética.
2. En los casos a que se refiere el apartado anterior, la sentencia de condena establecerá el importe exacto de las cantidades respectivas, o fijará con claridad y precisión las bases para su liquidación, que deberá consistir en una simple operación aritmética que se efectuará en la ejecución.
3. Fuera de los casos anteriores, no podrá el demandante pretender, ni se permitirá al tribunal en la sentencia, que la condena se efectúe con reserva de liquidación en la ejecución. No obstante lo anterior, se permitirá al demandante solicitar, y al tribunal sentenciar, la condena al pago de cantidad de dinero, frutos, rentas, utilidades o productos cuando esa sea exclusivamente la pretensión planteada y se dejen para un pleito posterior los problemas de liquidación concreta de las cantidades.

Este precepto debe completarse con el del artículo 220, referido a las condenas a futuro, precepto reformado en 2009 (Ley 19/2009):

1. Cuando se reclame el pago de intereses o de prestaciones periódicas, la sentencia podrá incluir la condena a satisfacer los intereses o prestaciones que se devenguen con posterioridad al momento en que se dicte.
2. En los casos de reclamaciones de rentas periódicas, cuando la acción de reclamación se acumule a la acción de desahucio por falta de pago o por expiración legal o contractual del plazo, y el demandante lo hubiere intere-

> sado expresamente en su escrito de demanda, la sentencia incluirá la condena a satisfacer también las rentas debidas que se devenguen con posterioridad a la presentación de la demanda hasta la entrega de la posesión efectiva de la finca, tomándose como base de la liquidación de las rentas futuras, el importe de la última mensualidad reclamada al presentar la demanda.

Es imprescindible establecer de qué modo están aplicando los tribunales civiles estos preceptos y para ello no hay mejor vía que acudir a la jurisprudencia que se ha ido consolidando en desarrollo de este precepto. Es interesante en este punto la Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 5 de septiembre de 2012, tanto por ser de fecha muy reciente como por sintetizar el actual estado de la cuestión; dicha sentencia analiza los antecedentes y la aplicación del artículo 219 de la LEC a partir de los siguientes argumentos:

> Bajo la vigencia de la antigua ley procesal civil era frecuente que los demandantes se amparasen formalmente en el artículo 359 de la ley de 1881 para abstenerse de concretar en el escrito de demanda, siquiera fuera de modo aproximativo, el alcance e importancia de los daños y perjuicios que se afirmaban experimentados y, por ende, de la indemnización cuya condena se postulaba frente al demandado. En algunos casos extremos, incluso se pretendía amparada en aquel precepto la facultad de relegar al periodo de ejecución la demostración de la existencia o realidad misma, y de la precisa delimitación de los daños. Con este proceder, y a pesar de que la petición era nominalmente de condena, en verdad no se designaba cuál hubiera de ser la prestación que el demandado debía ser constreñido a cumplir, la cual se integraba, precisamente, por los elementos o extremos que el demandante sustraía a la fase declarativa del proceso. El objeto de este quedaba, en puridad técnica, exclusivamente reducido a la mera declaración de que el acto o comportamiento atribuidos al demandado había sido efectivamente realizado por el mismo a título de dolo o de culpa; que la conducta estaba comprendida en el ámbito de una norma reprobatoria y que había sido origen de los perjuicios que de modo genérico se afirmaban infligidos al actor. A su vez, el fallo no podía contener un pronunciamiento cabalmente condenatorio al cumplimiento actual de una prestación cierta.
>
> Este estado de cosas es al que la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 ha querido poner fin al establecer límites para dictar sentencias de condena con reserva de liquidación. Así se deduce de sus mencionados artículos 9 y 219 cuya finalidad es impedir, en lo posible, las condenas no susceptibles de ejecución inmediata porque haya de sobrellevarse una compleja ejecución para dilucidar cuestiones que podrían haber sido solventadas en el proceso de declaración. Estas normas permiten una interpretación comprensiva de cualquier pretensión condenatoria cuya liquidez no se pueda precisar y no solo limitada a aquellos casos en los que el único objeto del proceso haya

sido la condena al pago de una cantidad de dinero o de otra clase de productos.

Como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 2010 «El artículo 219.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil permite al juez dictar una sentencia en la que no se establezca el importe exacto de la condena siempre que se fijen con claridad y precisión las bases para su liquidación, que deberá consistir en una simple operación aritmética que se efectuará en la ejecución. Es una norma en perfecta correlación con la imposición que establece el artículo 219.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil a la demandante, de manera que la sentencia que se dicte deberá tener en cuenta, para la fijación de las bases de liquidación, los términos en que ha quedado planteado el debate, si no quiere incurrir en incongruencia de forma que ni la parte puede pedir ni la sentencia puede otorgar otra cosa que no sea la condena al pago de una cantidad determinada o determinable con arreglo a las bases fijadas en la sentencia, mediante una pura o simple operación aritmética».

El Alto Tribunal, en esa misma sentencia, entiende que la sentencia recurrida quebranta el artículo 219 de la ley procesal civil porque «remite a las partes a un incidente en ejecución de sentencia que excede de la simple comprobación de parámetros indiscutibles o cálculos aritméticos».

En el caso de autos es evidente que la fijación del importe de la condena dineraria excedería del mero cálculo aritmético, pues exigiría la determinación, mediante la correspondiente actividad probatoria, singularmente una pericial, de un valor que, según la sentencia, sería el correspondiente a los trabajos de reparación en la hipótesis de que éstos fueran posibles y hubieran de afectar únicamente a la parcela NUM000 en la que se halla la edificación de autos.

La dificultad es tal que la sentencia difiere el establecimiento de la cantidad a un ulterior juicio declarativo.

Además, ha de advertirse de la dificultad que supone valorar económicamente una prestación que es imposible. La sentencia de primera instancia llega a la conclusión de que la reparación es imposible técnicamente, jurídicamente (El Decreto de la Alcaldía de 23 de septiembre de 2005 lo impediría) y económicamente, pues la reparación exige la restauración de toda la ladera de la montaña en la que se halla la urbanización «Bella Vista», así como la nueva ejecución de los viales.

La parte actora apelada hace suya esta conclusión en su escrito de oposición al recurso. Pues bien, si ello es así, parece que ha de resultar imposible determinar un valor a la ejecución de una reparación imposible.

CUARTO.-La sentencia de primera instancia tampoco puede entenderse incluida en el último inciso apartado 3 del artículo 219 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . En efecto, dicho precepto establece que «Fuera de los casos anteriores no podrá el demandante pretender, ni se permitirá al tribunal en

la sentencia, que la condena se efectúe con reserva de liquidación en la ejecución. No obstante lo anterior, se permitirá al demandante solicitar, y al tribunal sentenciar, la condena al pago de de cantidad de dinero, frutos, rentas cuando esa sea exclusivamente la pretensión planteada, y se dejen para un pleito posterior los problemas de liquidación concreta de las cantidades».

En el caso de autos la pretensión actora no se formuló del modo que se indica en el referido precepto que se refiere a los supuestos de ejercicio de acciones meramente declarativas. Como antes se ha dicho, la actora ejercitó una acción de condena cuyo objeto era la reparación de los defectos constructivos.

En consecuencia, la sentencia vulnera lo establecido en el artículo 219 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , al no poderse entender incluida en ninguno de los supuestos en los que en dicho precepto se autorizan las sentencias con reserva de liquidación, debiendo acogerse en este concreto punto el motivo de apelación articulado por ambas partes apelantes.

QUINTO.-Conclusión de cuanto antecede es que la sentencia de primera instancia adolece del defecto de no respectar los límites establecidos en el artículo 219 de la ley procesal civil respecto a las sentencias con reserva de liquidación o meramente declarativas.

El auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 24 de julio de 2012 advierte que: «Si un litigante, en contra de las previsiones del artículo 219 de la LEC, pretende la cuantificación durante el pleito o para ejecución de sentencia se verá abocado, en su caso, a la inviabilidad de la pretensión, pero no se puede decir que por ello incurra en defecto legal en el modo de proponer la demanda».

El Tribunal Supremo ha fijado también con precisión el alcance del artículo 219 de la LEC y así en Sentencia de 28 de junio de 2012 y con referencia a resoluciones anteriores, ha considerado que:

A) Esta Sala en la STS, del Pleno, de 16 de enero de 2012 , RIC n.º 460/2008 ha declarado —en interpretación de los artículos 209.4.º LEC y 219 LEC—, que el contenido de estos preceptos debe ser matizado en aquellos casos en los que un excesivo rigor en su aplicación puede afectar gravemente al derecho a la tutela judicial efectiva de las partes, provocando indefensión. Esto puede suceder cuando, por causas ajenas a ellas, a las partes no les resultó posible la cuantificación en el curso del proceso. Para evitarlo es preciso buscar fórmulas que, respetando las garantías constitucionales fundamentales —contradicción, defensa de todos los implicados, bilateralidad de la tutela judicial—, permitan dar satisfacción al legítimo interés de las partes. No es aceptable que deba denegarse la indemnización por falta de un instrumento procesal idóneo para su cuantificación.

Como se examinó en la citada STS del Pleno, cuando se produce esta situación cabe acudir a dos criterios que impidan la indefensión de las par-

tes. Es posible remitir la cuestión a otro proceso o, de forma excepcional, permitir la posibilidad operativa del incidente de ejecución. Ambas soluciones han sido utilizadas en sentencias de esta Sala atendiendo a las circunstancias singulares de cada caso.

El elemento orientador para optar por una u otra solución es atender —partiendo de que debe ser un litigio en el que no pueda prescindirse de esta solución— a la mayor o menor complejidad del supuesto (SSTS de 18 de mayo de 2009 , RC n.º 725/004, 11 de octubre de 2011 , RIPC n.º 1285/2008, 17 de junio de 2010 , RIC n.º 141/2006), teniendo en cuenta que el criterio que remite a otro proceso cuyo objeto se circunscribe a la cuantificación, con determinación previa o no de bases, reporta una mayor amplitud para el debate, mientras que y el criterio remite a la fase de ejecución supone una mayor simplificación y, como regla, un menor coste.

B) En el presente litigio, la decisión de la sentencia recurrida —que acuerda dejar la determinación de una parte del importe de la indemnización para el proceso de ejecución de la sentencia— se ajusta a la doctrina expuesta, por las siguientes razones:

1. Esta decisión no tiene su origen en una deficiencia probatoria atribuible a la comunidad de propietarios demandante, que solicitó en la demanda la condena al pago de una cantidad de dinero determinada —no que se dictara una sentencia con reserva de liquidación—, y reclamó por la reparación de la fachada el importe que consideró adecuado según el informe pericial de parte acompañado a la demanda.
2. Esta decisión viene motivada por el criterio aplicado por la sentencia recurrida para determinar el importe de la indemnización. En esta sentencia se acuerda estar al informe del perito judicial, pero en este informe no quedaron valorados los gastos de puesta en práctica que podrían generarse en el momento de la reparación de la fachada, solo se puso de manifiesto que era posible un importante incremento del coste si para hacer las reparaciones era necesaria la instalación de andamios.
3. En consecuencia, en un momento del proceso en el que las partes ya no tenían un trámite adecuado para aportar prueba, surgió la falta de certeza, derivada del informe del perito judicial, sobre si sería necesaria o no la instalación de andamios para la reparación de la fachada.
4. A la demandante no le es exigible prever que, durante el proceso, como consecuencia del resultado de la prueba pericial judicial, se puedan plantear formas alternativas de efectuar las reparaciones en la fachada con una importante trascendencia económica, por lo que no se puede imputar a la demandante las consecuencias perjudiciales de la falta de prueba, que afectaría al derecho de tutela efectiva.
5. La decisión adoptada por la sentencia recurrida está adecuadamente motivada con argumentos basados en la valoración de la prueba pericial

judicial y en la evitación del enriquecimiento injusto, y va dirigida a evitar la indefensión de ambas partes.

6. La opción de la sentencia impugnada, al remitir la determinación del coste de los andamios a la ejecución de la sentencia y no a un proceso posterior, es, en la consideración de esta Sala, la adecuada, atendidas las circunstancias concurrentes, pues se trata de fijar el importe de un concreto concepto indemnizatorio que no reviste una especial complejidad.

Aunque es cierto que el Tribunal Supremo deja cierto margen de discrecionalidad al juez en orden a la búsqueda de la situación más adecuada a cada caso concreto, lo cierto es que de la mencionada doctrina pueden extraerse algunas consecuencias claras:

1) Cualquiera que sea la solución que se adopte —remitir a otro procedimiento o permitir la concreción en ejecución—, lo cierto es que debe evitarse el quebranto de principios constitucionales y, entre ellos, el de contradicción, defensa y bilatelaridad.
2) Debe ponderarse si la falta de concreción es atribuible a la falta de diligencia procesal de cualquiera de las partes; no se puede suplir esa falta de actividad procesal.
3) Debe examinarse si en el proceso hay instrumentos idóneos al alcance de las partes.
4) Para que se pueda dejar para ejecución es necesario que en los escritos rectores se identifiquen correctamente las bases o criterios de determinación de la indemnización.

De ahí que el Tribunal Supremo termine afirmando que el criterio que remite a otro proceso cuyo objeto se circunscribe a la cuantificación, con determinación previa o no de bases, reporta una mayor amplitud para el debate, mientras que el criterio que remite a la fase de ejecución supone una mayor simplificación y, como regla, un menor coste.

Conforme a los preceptos citados y a la jurisprudencia que los desarrolla resultará procesalmente cómodo para el demandante articular una demanda en la que solicite la declaración de una infracción de la LCD —una conducta colusoria o un abuso de posición dominante—, será también procesalmente sencillo obtener un pronunciamientos de cese o de prohibición de esas conductas, sin embargo, se puede complicar la determinación de los daños y perjuicios por cuanto no puede diferirse al trámite de ejecución de sentencia y la fijación de bases para la determinación no siempre es sencilla para el demandante. Debe tenerse en cuenta que no basta con la infracción de la norma, el perjudicado, en nuestra tradición jurídica, ha de acreditar el nexo causal entre esa infracción y el perjuicio efectivamente causado.

Demandante y demandado deberán acudir a las normas generales sobre cargas de la prueba —artículo 217 de la LEC—, conforme a estas normas la parte

demandante debería pechar no solo con la carga de la prueba de la infracción, sino también con la prueba del perjuicio y el nexo causal; sin embargo, la propia LEC ha establecido algunos correctivos en cuanto a las reglas de carga al introducir en su texto legal en el año 2000 el principio de disponibilidad o proximidad de la parte con la prueba, de modo que deberá perjudicar la falta de prueba a quien teniéndola en su entorno, sin embargo, no la aporta o facilita que se aporte.[1]

En la jurisprudencia, por medio de la aplicación del principio «Los hechos hablan por sí mismos» (*res ipsa loquitur*), se ha considerado que no es necesaria una prueba de los daños cuando el incumplimiento de la infracción por sí misma haya de suponer un daño; así en la sentencia núm. 366/2010, de 15 junio (Recurso de Casación núm. 804/2006), con cita de otras anteriores, cuando:

> viene a admitir el nacimiento del deber de indemnizar por el simple incumplimiento en los supuestos en que este último determina por sí mismo un daño o perjuicio, una frustración en la economía de la parte, en su interés material o moral, lo que ocurre cuando su existencia se deduce necesariamente del incumplimiento o se trata de daños patentes; y añade, para resaltar su carácter excepcional, que «de esta jurisprudencia se deduce que el principio *res ipsa loquitur* [la cosa habla por sí misma] alegado por la parte recurrente y la consideración de un perjuicio *in re ipsa* [en la cosa misma] no son aplicables a todo incumplimiento, sino solamente a aquel que evidencia por sí mismo la existencia del daño.

En igual sentido cabe citar la sentencia de 17 marzo de 2003 (Recurso 2345/1997).

O con mayor amplitud la STS de 9 de abril de 2012:

> es posible acudir al principio *res ipsa loquitur* [la cosa habla por sí misma] en aquellos casos en los que la aplicación de un cálculo prudente al desarrollo de las operaciones económicas demuestra por sí mismo la cuantía en que se ha dejado de obtener una ganancia futura. En suma, la fijación de este tipo de indemnización debe abordarse por los tribunales mediante criterios que deben buscar un equilibrio que huya, tanto del rechazo de lucro cesante por entender que tiene carácter hipotético, como de su admisión incon-

1. Respecto de las reglas sobre carga de la prueba conviene recordar la jurisprudencia del Supremo —sentencias 82/1992, de 7 de febrero; 377/2010, de 14 de junio; 611/2011, de 12 de septiembre, y 35/2012, de 14 de febrero, entre otras muchas— en las que se indica que las reglas hoy contenidas en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en cuanto tienen como única finalidad identificar a la parte a la que han de ser atribuidas las consecuencias de no haber quedado demostrado en el proceso un hecho relevante, solo entran en juego cuando los tribunales de las instancias no hubieran llegado a formarse un juicio de certeza sobre aquel. En consecuencia, la infracción de las mencionadas reglas solo se puede producir cuando, una vez constatado el mencionado defecto de prueba, el tribunal que conoce del litigio atribuye los mencionados efectos negativos a la parte a la que no correspondía soportarlos.

> dicional sin prueba alguna; pues debe fijarse su cuantía conforme a la prueba mediante un cálculo razonable y atento a todas las circunstancias concurrentes y a las expectativas previsibles del mercado en torno a las operaciones económicas que se han visto truncadas por el incumplimiento.
>
> A estos criterios responde la jurisprudencia de esta Sala de los últimos años, en la cual se declara que «para que sea indemnizable el lucro cesante se requiere necesariamente una evaluación basada en la realidad y dotada de cierta consistencia, como tantas veces ha dicho esta Sala (SSTS 17 de julio de 2002 , 27 de octubre de 1992 , 8 de julio y 21 de octubre de 1996 , entre tantas otras), pues es preciso probar que realmente se han dejado de obtener unas ganancias concretas que no han de ser dudosas ni contingentes (SSTS 29 de diciembre de 2000; 14 de julio de 2003, entre otras muchas), y que únicamente se puede establecer mediante una presunción de cómo se habrían sucedido los acontecimientos en el caso de no haber tenido lugar el suceso dañoso (STS 27 de julio 2006)» (STS de 14 de julio de 2006).

Esta doctrina ha sido invocada en procedimientos instados en materia de responsabilidad civil extra-contractual —sobre todo médica— y también en el ámbito de la propiedad industrial (STS de 4 de marzo de 2010 citando jurisprudencia anterior):

> la sentencia de 7 de julio de 2006, que precisó que la necesidad de probar los daños no impide considerar demostrados aquellos «que ineluctablemente derivan como consecuencia de una causa adecuada (*re ipsa loquitur*)»; la de 29 de octubre de 2004, según la que «no se acomoda a la justicia efectiva las situaciones creadas unilateralmente por una de las partes, que debe asumir todas las consecuencias derivadas, ya que no han de quedar impunes y libres de toda reparación económica, al conformar *ipsa* el propio perjuicio y la prueba la representa la situación provocada por quien obtuvo el lucro»; la de 1 de julio de 2005, conforme a la que «raramente podrá darse la infracción que ningún beneficio reporte al infractor, o ningún perjuicio cause al demandado interesado en que cese la ilicitud, si se tiene en cuenta el interés económico que preside estos ámbitos, generalmente vinculados a actividades empresariales».
>
> Esa doctrina —también seguida en la sentencia de 2 de marzo de 2009 y las que en ella se citan— no es más que la consecuencia de recurrir, como técnica de valoración de la prueba, a la inducción de una afirmación fáctica a partir de unos hechos probados y está regida, en el caso, por las reglas de la lógica.

En algunos cuerpos normativos de propiedad industrial se han aprovechado reformas recientes para incluir pautas indemnizatorias objetivas que alivien las

cargas probatorias de la parte demandante, así los artículos 43 y 44 de la Ley de Marcas (ley 17/2001):

Artículo 43. *Cálculo de la indemnización de daños y perjuicios.*

1. La indemnización de daños y perjuicios comprenderá no solo las pérdidas sufridas, sino también las ganancias dejadas de obtener por el titular del registro de la marca causa de la violación de su derecho. El titular del registro de marca también podrá exigir la indemnización del perjuicio causado al prestigio de la marca por el infractor, especialmente por una realización defectuosa de los productos ilícitamente marcados o una presentación inadecuada de aquella en el mercado. Asimismo, la cuantía indemnizatoria podrá incluir, en su caso, los gastos de investigación en los que se haya incurrido para obtener pruebas razonables de la comisión de la infracción objeto del procedimiento judicial.
2. Para fijar la indemnización por daños y perjuicios se tendrá en cuenta, a elección del perjudicado:
   a) Las consecuencias económicas negativas, entre ellas, los beneficios que el titular habría obtenido mediante el uso de la marca si no hubiera tenido lugar la violación y los beneficios que haya obtenido el infractor como consecuencia de la violación.
   En el caso de daño moral procederá su indemnización, aun no probada la existencia de perjuicio económico.
   b) La cantidad que como precio el infractor hubiera debido de pagar al titular por la concesión de una licencia que le hubiera permitido llevar a cabo su utilización conforme a derecho.
3. Para la fijación de la indemnización se tendrá en cuenta, entre otras circunstancias, la notoriedad, renombre y prestigio de la marca y el número y clase de licencias concedidas en el momento en que comenzó la violación. En el caso de daño en el prestigio de la marca se atenderá, además, a las circunstancias de la infracción, gravedad de la lesión y grado de difusión en el mercado.
4. A fin de fijar la cuantía de los daños y perjuicios sufridos, el titular de la marca podrá exigir la exhibición de los documentos del responsable que puedan servir para aquella finalidad.
5. El titular de la marca cuya violación hubiera sido declarada judicialmente tendrá, en todo caso y sin necesidad de prueba alguna, derecho a percibir en concepto de indemnización de daños y perjuicios el 1 % de la cifra de negocios realizada por el infractor con los productos o servicios ilícitamente marcados. El titular de la marca podrá exigir, además, una indemnización mayor si prueba que la violación de su marca le ocasionó daños o perjuicios superiores, de acuerdo con lo dispuesto en los apartados anteriores.

Artículo 44. *Indemnizaciones coercitivas.* Cuando se condene a la cesación de los actos de violación de una marca, el Tribunal fijará una indemnización de cuantía determinada no inferior a 600 euros por día transcurrido hasta que se produzca la cesación efectiva de la violación. El importe de esta indemnización y el día a partir del cual surgirá la obligación de indemnizar se fijará en ejecución de sentencia.

Sin embargo, en el ámbito de la defensa de la competencia no hay una norma similar, por lo que hay que acudir a las normas generales de la LEC, que en cuanto a las multas coercitivas recoge el artículo 711 con la referencia de multa, no de indemnización:

1. Para determinar la cuantía de las multas previstas en los artículos anteriores se tendrá en cuenta el precio o la contraprestación del hacer personalísimo establecidos en el título ejecutivo y, si no constaran en él o se tratara de deshacer lo mal hecho, el coste dinerario que en el mercado se atribuya a esas conductas.

   Las multas mensuales podrán ascender a un 20 % del precio o valor y la multa única al 50 % de dicho precio o valor.
2. La sentencia estimatoria de una acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios impondrá, sin embargo, una multa que oscilará entre seiscientos y sesenta mil euros, por día de retraso en la ejecución de la resolución judicial en el plazo señalado en la sentencia, según la naturaleza e importancia del daño producido y la capacidad económica del condenado. Dicha multa deberá ser ingresada en el Tesoro Público.

Ciertamente, si la parte demandante, la perjudicada, no quiere fiar la correcta determinación de los daños y perjuicios a la demanda inicial y al desarrollo de la prueba la reforma operada en la LEC por la Ley 19/2006, de 5 de junio, por la que se amplían los medios de protección de la propiedad intelectual e industrial, ha permitido introducir tanto en sede de diligencias preliminares, aseguramiento y anticipación de la prueba criterios de flexibilización y agilización que tienen por objeto una tutela mucho más efectiva de los derechos de esta naturaleza.

Los procedimientos derivados de la defensa de la competencia solo podrán verse amparados por estas reformas si se defiende un concepto amplio de propiedad industrial que permita no solo la defensa de marcas, patentes y dibujos industriales, sino también cualquier otra pretensión que incida en el mercado. No es ajena a esta tesis la propuesta que el Abogado General del Tribunal de Justicia de la Unión Europea hace en sus conclusiones al asunto 431/05C (informe de 23 de enero de 2007) sobre la necesidad de dar una respuesta integral a la protección de la propiedad intelectual e industrial en el marco de la Unión Europea. En este punto no debe olvidarse que los acuerdos de la Organización Mundial del Comercio, adoptados en

la Ronda de Uruguay (acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio [ADPIC o TRIPS] recoge dentro de sus ámbitos de protección la competencia desleal en los artículos 22 y 39. Aunque esta cuestión no es pacífica en la práctica judicial.

Los artículo 256.7 y 256.8 de la LEC establecen que:

> Todo juicio podrá prepararse:
>
> 7. Mediante la solicitud, formulada por quien pretenda ejercitar una acción por infracción de un derecho de propiedad industrial o de un derecho de propiedad intelectual cometida mediante actos desarrollados a escala comercial, de diligencias de obtención de datos sobre el origen y redes de distribución de las mercancías o servicios que infringen un derecho de propiedad intelectual o de propiedad industrial y, en particular, los siguientes:
>
> a) Los nombres y direcciones de los productores, fabricantes, distribuidores, suministradores y prestadores de las mercancías y servicios, así como de quienes, con fines comerciales, hubieran estado en posesión de las mercancías.
>
> b) Los nombres y direcciones de los mayoristas y minoristas a quienes se hubieren distribuido las mercancías o servicios.
>
> c) Las cantidades producidas, fabricadas, entregadas, recibidas o encargadas, y las cantidades satisfechas como precio por las mercancías o servicios de que se trate y los modelos y características técnicas de las mercancías.
>
> Las diligencias consistirán en el interrogatorio de:
>
> a) Quien el solicitante considere autor de la violación.
>
> b) Quien, a escala comercial, haya prestado o utilizado servicios o haya estado en posesión de mercancías que pudieran haber lesionado los derechos de propiedad industrial o intelectual.
>
> c) Quien, a escala comercial, haya utilizado servicios o haya estado en posesión de mercancías que pudieran haber lesionado los derechos de propiedad industrial o intelectual.
>
> d) Aquel a quien los anteriores hubieren atribuido intervención en los procesos de producción, fabricación, distribución o prestación de aquellas mercancías y servicios.
>
> La solicitud de estas diligencias podrá extenderse al requerimiento de exhibición de todos aquellos documentos que acrediten los datos sobre los que el interrogatorio verse.
>
> 8. Por petición de quien pretenda ejercitar una acción por infracción de un derecho de propiedad industrial o de un derecho de propiedad intelectual cometida mediante actos desarrollados a escala comercial, de la exhibición de los documentos bancarios, financieros, comerciales o aduaneros, producidos en un determinado tiempo y que se presuman en poder de quien sería demandado como responsable.

> La solicitud deberá acompañarse de un principio de prueba de la realidad de la infracción que podrá consistir en la presentación de una muestra de los ejemplares, mercancías o productos en los que materialice aquella infracción. El solicitante podrá pedir que el Secretario extienda testimonio de los documentos exhibidos si el *requerido* no estuviera dispuesto a desprenderse del documento para su incorporación a la diligencia practicada. Igual solicitud podrá formular en relación con lo establecido en el último párrafo del número anterior.
>
> A los efectos de los números 7 y 8 de este apartado, se entiende por actos desarrollados a escala comercial aquellos que son realizados para obtener beneficios económicos o comerciales directos o indirectos.

Menos dudas hay respecto de la posibilidad de acudir a las normas sobre prueba anticipada o aseguramiento de prueba —artículos 293-298 de la LEC—, en las que no hay limitaciones en cuanto a tipos de procedimientos. Estos mecanismos procesales no sirven directamente para la determinación de las bases para fijar los daños y perjuicios o concretar los mismos, pero sí para evitar que los medios de prueba destinados a tal efecto puedan ser alterados o modificados, una vez se han sentado los puntos básicos con carácter general en los procedimientos en los que se han venido ventilando acciones de defensa de la competencia.

Una vez se han sentado los puntos básicos con carácter general en los procedimientos en los que se han ventilado acciones de defensa de la competencia.

Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de julio de 2009.- El supuesto de hecho en el que se plantea es en un pleito vinculado a dos contratos de franquicia (cesión de utilización de nombre comercial, métodos de trabajo y aplicación de productos) relativos a tratamiento capilar, para dos ciudades distintas, respecto de los que la parte franquiciante pretende que existió incumplimiento contractual de la parte franquiciada e interesa la condena de esta y de sus garantes solidarios a indemnizar diversas cantidades por los conceptos de canon de explotación, productos suministrados impagados y cláusulas penales de retraso, en tanto la franquiciada pretende la nulidad de los contratos por conculcación de las normativas comunitaria y nacional de la competencia con base en el establecimiento en los contratos de una fijación de precios a cobrar a los clientes por la franquiciada, cuya imposición constituye una cláusula restrictiva de la competencia.

Los problemas de defensa de la competencia en este procedimiento se plantean en el marco de un contrato, el de franquicia, y es interesante observar los efectos que se piden en orden a la apreciación de un acto ilícito desde la perspectiva de la defensa de la competencia, ya que el debate jurídico se plantea sobre si el efecto de la sentencia es el de nulidad de todos el contrato o el de anulabilidad de partes del mismo. El Tribunal Supremo recuerda que:

> el tema es ajeno al Derecho Comunitario, y en general al de la competencia, porque en el ámbito de esta —orden comunitario u orden interno— lo

único que importa es que se haga desaparecer la restricción de la misma, es decir, el pacto restrictivo. La Jurisprudencia del TJCE es clara en el sentido de que la nulidad del art. 81.2 CE se aplica únicamente a aquellos elementos del acuerdo afectados por la prohibición establecida en el apartado 1 del mismo artículo, o al acuerdo en su totalidad si no es posible separar dichos elementos del propio acuerdo (por todas, STJCE 11 de septiembre de 2008, C-279/2006). Por otro lado, en el campo del Derecho interno se admite la posibilidad de la nulidad parcial, con arreglo al aforismo *utile per inutile non vitiatur*, que, como modalidad del principio de conservación del negocio, ha sido objeto de aplicación en diversas ocasiones por la jurisprudencia de esta Sala. Sin embargo, en el caso, debe mantenerse la apreciación de nulidad total porque las consideraciones al efecto expuestas en la resolución recurrida constituyen una respuesta jurídica razonable y coherente y plenamente conforme a derecho, dado que la supresión de la cláusula restrictiva no solo incide en la libertad de fijación del precio por la franquiciada, sino también indirectamente, y como consecuencia, en la determinación del canon de explotación a pagar por la misma a la franquiciante, que es una de las contraprestaciones esenciales del contrato, por lo que obviamente se afecta a un elemento estructural, y a la economía del negocio, sin que sea posible entender que se puede mantener el fijado en relación con una libertad de precio porque para ello es preciso una voluntad concorde de las dos partes.

Sobre los efectos de la nulidad, es decir, la posibilidad de que puedan tener o no los pronunciamientos de nulidad efectos retroactivos, el Tribunal Supremo indica que:

> Las alegaciones de la recurrente relativas a que no procede aplicar efectos retroactivos a la nulidad, sino únicamente efectos *ex nunc*, lo que trata de fundamentar en diversas apreciaciones dispersas en el escrito de recurso, no se acoge porque además de estéril por lo que se resolverá posteriormente y de que la incompatibilidad de la cláusula con el derecho comunitario es tan manifiesta que no existía previsibilidad alguna de exención por la Comisión, en cualquier caso, y en sede de *ratio decidendi*, no existe en la sentencia recurrida el soporte fáctico que permita un examen al respecto, ni cabe su integración en casación al exigir una valoración probatoria de las actuaciones y no tener un mero carácter complementario, no habiéndose utilizado el mecanismo idóneo para llenar la laguna fáctica.

Pese a la declaración de nulidad no se establece como efecto la recíproca devolución de prestaciones para permitir que las partes vuelvan a la situación anterior a la firma del contrato. Afirma el Tribunal Supremo que:

> Finalmente se plantea por la parte recurrente la inaplicabilidad al caso del art. 1.306.2ª CC. El planteamiento se estima porque, como se afirma en el

> recurso, no es de aplicación dicho precepto, sino el del art. 1.303 CC, pues ni la causa de nulidad apreciada tiene la condición de torpe, en su sentido estricto de inmoral, ni ha existido un propósito dañino o malicioso por parte de la franquiciante. La aplicación de la normativa del art. 1.306 CC con *el efecto de «dejar las cosas como están» sería claramente injusta, y máxime si se tiene en cuenta que a ambas partes les es imputable en la misma medida consensual la consignación de la cláusula, y conllevaría un claro enriquecimiento injusto para una de ellas.*

Por lo que se decide que:

> Habida cuenta que nos hallamos ante unos contratos de *tractu* sucesivo o continuado que han venido ejecutándose durante unos años, la aplicación del art. 1.303 CC debe hacerse en atención al criterio de la posibilidad en relación con las circunstancias, que, en el caso, se resume en la liquidación de los efectos económicos existentes al tiempo de extinguirse la relación jurídica.

Y eso determina que la sentencia dictada por el Tribunal Supremo se contente con condenar al pago de las cantidades pendientes de pago del canon y de los productos suministrados. No hay, por lo tanto, una verdadera liquidación de daños y perjuicios o, cuando menos, no se producía controversia respecto del perjuicio causado, vinculado a la deuda existente.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 9 de octubre de 2010.- Criterio de determinación de la indemnización en supuestos en los que queda acreditada la concentración de precios de empresarios de la industria azucarera en la venta de azúcar a empresas del sector galletero.[2] Establece el Tribunal que:

> En este caso el daño sufrido por los compradores vendrá determinado por la diferencia existente entre el precio del azúcar que los demandantes pagaron a ACOR, desde el 1 de septiembre de 1995, y el que hubiera debido de

2. Tal y como recuerda el Tribunal Supremo en su sentencia de 8 de junio de 2012, al resolver el recurso de casación contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valladolid en este asunto: «la acción ejercitada en la demanda no se dirigió a obtener la reparación de un daño producido por incumplimiento o cumplimiento defectuoso de cualquiera de los deberes contractuales generados por los mencionados contratos de compraventa, fueran los expresamente pactados o se tratara de deberes accesorios de conducta nacidos de la buena fe o de los usos negociables —tampoco a la declaración de la invalidez de dichos contratos—, sino que, en los términos previstos en el artículo 13, apartado 2, de la citada Ley 16/1989, la acción tuvo por objeto que las demandantes obtuvieran de la demandada el resarcimiento de los daños y perjuicios derivados de los acuerdos prohibidos por el artículo 1, apartado 1, letra a), de la misma Ley, en cuanto instrumentos de concertación horizontal restrictivos del libre juego de la autonomía empresarial en la determinación de uno de los elementos esenciales de las posteriores compraventas que acercaron el producto al consumidor final». El Tribunal Supremo confirmó en todos sus puntos la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid.

pagarse si ese importe se hubiera fijado según el precio natural del mercado y en función de la concertación de precios.

CUARTO.- La valoración de todo ello entraña una enorme dificultad, porque entramos de lleno en el terreno de las hipótesis. ¿Cuál hubiera sido el precio natural del mercado si no se hubiera producido la concertación? El *Libro Blanco* de la Comisión de las Comunidades Europeas, de 2 de abril de 2008, señala ya esa dificultad al entender que para la cuantificación de los daños ocasionados por la infracción existen una serie de técnicas cuantitativas que van desde el desarrollo de complejos modelos econométricos al uso de sencillos datos contables. Pero el hecho de que existan grandes dificultades para su valoración no quiere decir que no sea posible. El perito de la parte actora ha realizado una valoración que a juicio de este Tribunal es adecuada, y ello determina que accedamos a lo solicitado en demanda.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz de 22 de diciembre de 2009.- El supuesto de hecho es el de una persona a la que se le impide acceder con normalidad a la red de distribución eléctrica que gestiona la demandada.

La sentencia de primera instancia condena a la suministradora al pago de 1.030.310 euros en concepto de lucro cesante. La sentencia toma como base para efectuar tal determinación cuantitativa de los perjuicios irrogados, el informe obrante en autos del IDEA (Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía), de fecha 21 noviembre de 2008. Considera la Audiencia Provincial que:

Si bien hubiera sido deseable un mayor rigor jurídico en relación a los términos en que está redactado este concreto extremo del *petitum* de la demanda, al objeto de ajustarse a los términos que establece el artículo 219 de la LEC (sentencias con reserva de liquidación), lo cierto es que en la demanda se fijan unas bases para liquidar los daños y perjuicios solicitados, liquidación que, con buen criterio y en aras a la economía procesal, el Tribunal de Instancia hace en la propia sentencia con arreglo a dichas bases, realizando una pura operación aritmética, según exige dicho precepto.

Como establece la STS de 14 de julio de 1997, la congruencia impone la necesidad de ajustarse a las pretensiones de las partes en cuanto acotan el objeto del proceso, pero dentro del mismo la respuesta judicial se mueve con «flexibilidad» siempre que se produzca conforme a esos límites. En el caso examinado no se da más de lo pedido ni cosa distinta, por cuanto la sentencia establece una condena por perjuicios (lucro cesante) y en la demanda se solicitaban daños y perjuicios y, además, fija una cantidad líquida (evitando relegar tal trámite a la ejecución de sentencia), con arreglo a unas bases fijadas en la propia demanda. Como señala abundante jurisprudencia —SSTS 30-3-1957, 3-5-1961, 14-5-1963y 2 y 22-5-1984— por razones de economía procesal y del deber de poner punto final a las situa-

> ciones litigiosas, en beneficio de todos los litigantes, se debe prescindir del trámite de ejecución de sentencia para fijar la cuantía dineraria de un pronunciamiento condenatorio, en los casos en que el Juzgador, razonablemente, aprecie en el proceso elementos de juicio suficientes para fijar en el fallo el *quantum* indemnizatorio, lo cual ocurre en el supuesto sometido al enjuiciamiento de esta alzada en el que el Tribunal de Primer grado realiza la liquidación o determinación de los perjuicios con arreglo a las bases de la demanda y las pruebas practicadas en el plenario, y siempre dentro del objeto del proceso, tal como quedó determinado en los escritos iniciales de demanda y contestación, pues como establece reiteradísima jurisprudencia, el ajuste del fallo a las pretensiones de las partes, no ha de ser literal, sino racional y flexible (SSTS 4-1-1988 y 8-5-1990), la congruencia no requiere conformidad literal y rígida de las peticiones (STS 29-5-1982 y 19-10-1986), de tal suerte que guardado el debido acatamiento (como así ocurre) al componente jurídico de la acción y a la base fáctica aportada, le está permitido al Órgano Jurisdiccional realizar las consideraciones y determinaciones que estime más ajustadas(SSTS 19-10-1993 y 3-2-1995).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 27 de enero de 2012.- El supuesto de hecho es el de un contrato de abanderamiento en estaciones de servicio; tanto en la demanda seguida ante el juzgado mercantil como en la sentencia de la audiencia provincial se desestiman las pretensiones de la parte demandante, sin embargo en los cuatro últimos párrafos del extenso fundamento jurídico cuarto se recogen algunas consideraciones en orden a la determinación de daños y perjuicios y se hace mención a los criterios barajados en distintas resoluciones del Tribunal Supremo sobre esta materia:

> La desestimación de los anteriores motivos impide conocer del último de los que se contienen en el recurso, relativo a la indemnización de daños y perjuicios por la diferencia existente entre los precios a los que la apelante podría haber adquirido en el mercado las gasolinas y gasóleos de no haber estado vinculada con REPSOL y los precios a los que REPSOL se los suministró. La pretensión resulta incomprensible en tanto AREAS REYES, S. L. no adquiere los combustibles, por lo que difícilmente puede existir precio alguno, salvo que pretenda modificar la relación existente con efecto retroactivo para convertirse en revendedor y equiparar sus beneficios a los que hubiera podido obtener en el mercado de haber suscrito otros contratos (de no haber estado vinculada con REPSOL). Tal petición muestra la verdadera finalidad perseguida con la demanda y la utilización instrumental del Derecho de la Competencia. Debemos recordar además, como ya dijimos en **nuestra sentencia de 7 de mayo de 2007**, que el interés de las normas sobre competencia no es tanto regular una disciplina como establecer unos límites a la autonomía de la voluntad desde la perspectiva del

Derecho de la competencia. Ni los Tratados ni el Derecho derivado alteran la naturaleza del contrato, ni hacen aparecer un precio de venta donde no existe.

En todo caso debe advertirse el particular alcance que pretende otorgarse a la indemnización pues, como señaló la *sentencia del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 2010* no puede dejar de señalarse la sinrazón que supone pretender una indemnización fundada en que la hoy recurrente hubiera podido abastecerse, como revendedora, de cualquier operador durante la ejecución de los contratos, pero sin tener para nada en cuenta los beneficios que a la misma parte le ha reportado el abanderamiento por una renombrada compañía líder del sector que, además, es la propietaria de la estación de servicio[3].

Ya *la sentencia de 26 de febrero de 2009* había destacado que en todo caso, en la hipótesis de una indemnización , habrían de considerarse las ventajas derivadas del abanderamiento y otras prestaciones de la operadora que también son irreversibles y, en el mismo sentido, la *sentencia de 15 de enero de 2010*, si bien reconoce que según la doctrina del Tribunal de Justicia el Derecho comunitario, hoy de la Unión, debe tener un efecto útil, también lo es que el art. 1303 CC impone la restitución recíproca de las prestaciones en caso de nulidad y que, correspondiendo al Juez nacional determinar las consecuencias concretas de la nulidad en cada caso (apdo. 79 de la STJUE 17-9-08, con cita de otras anteriores), tales consecuencias deben limitarse [...]. Esto es así porque, como señala la *sentencia de 26 de febrero de 2009* (rec. 192/04), la restitución recíproca contemplada en el citado art. 1303 CC puede tener unos límites racionales similares a los reconocidos para algunos casos de resolución contractual y, además, desde la perspectiva del enriquecimiento injusto habría que computar la ganancia del titular de la estación de servicio y todas las ventajas derivadas de su abanderamiento.

Debemos también añadir que en los casos de nulidad de los contratos la indemnización alcanza el interés negativo o interés de confianza que resulta de cotejar la situación en que estaría la parte perjudicada si no hubiese cele-

3. Referida nuevamente en la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 2012, que reproduce la cita de referencia:

> en la sentencia de 6 de septiembre de 2010, ya citada, se destacaba «la sinrazón que supone pretender una indemnización fundada en que la hoy recurrente hubiese podido abastecerse de cualquier operador durante la ejecución de los contratos pero sin tener para nada en cuenta los beneficios que a la misma parte le ha reportado el abanderamiento por una compañía líder del sector que, además, es la propietaria de las estaciones de servicio», como asimismo sucede en el presente caso. En definitiva, lo que parece pretender la actora-recurrente es valerse de la exclusiva de abastecimiento únicamente en lo que la favorezca pero pagando a su abastecedora unos precios promediados entre los de todos los operadores, es decir como si la exclusiva no existiera a estos efectos, y por ende para poder vender al público a un precio incluso superior al recomendado por el proveedor, pretensiones que, lejos de contar con apoyo alguno en el Derecho europeo de la competencia, van en contra de la propia jurisprudencia del TJUE que invoca la parte recurrente.

brado el contrato o hubiese conocido desde el principio su invalidez, con la situación actual en que se encuentra ahora, sin que alcance el interés positivo, que resulta de comparar la situación provocada por la invalidez con la que existiría si el contrato hubiese sido válido y cumplido sus efectos —entre otras, *sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2010*. Lo que pretende la apelante como indemnización derivada de la supuesta nulidad es el interés positivo, como claramente expresa en sus alegaciones.

En esta sentencia es interesante, por lo tanto, destacar:

1) Como se traslada el criterio de determinación de daños y perjuicios al ámbito del Código Civil en materia de nulidad de los contratos —artículo 1.303.[4]
2) La clara delimitación de los criterios de indemnización conforme ha llamado interés negativo e interés positivo: a) *interés negativo* o interés de confianza que resulta de cotejar la situación en que estaría la parte perjudicada si no hubiese celebrado el contrato o hubiese conocido desde el principio su invalidez, con la situación actual en que se encuentra ahora, sin que alcance el *interés positivo*, que resulta de comparar la situación provocada por la invalidez con la que existiría si el contrato hubiese sido valido y cumplido sus efectos. Estos criterios no hacen sino recoger modelos más pragmáticos que el nuestro, modelos anglosajones en los que la reparación del daño sufrido pretende devolver a la parte perjudicada a la situación en que habría estado si no se hubieran infringido correspondientes —en el caso español los artículos 1 y 2 de la LDC. La cuantificación del daño sufrido, por tanto, exige que se compare la situación actual de la parte perjudicada con la situación en la que habría estado de no ser por la infracción. A esta evaluación se la denomina, a veces, análisis del factor distintivo único (en inglés, *but-for analysis*).

En las sentencias citadas se ha hecho mención a los criterios aplicados por los tribunales españoles en la determinación de los daños y perjuicios. Tal y como se

4. El artículo 1.303 del Código Civil establece, con carácter general, los efectos de la declaración de nulidad, que no son otros que la recíproca restitución de prestaciones que hubiesen sido materia del contrato; sin embargo el propio Tribunal Supremo al enfrentarse al conjunto de procedimientos que se plantearon respecto de los contratos de abanderamiento se ha visto en la necesidad de matizar los efectos de la nulidad y advertir comportamientos rayanos al abuso de derecho al interponerse las demandas muy poco antes de expirar el plazo de duración del contrato litigioso. Recuerda el Tribunal Supremo, en su sentencia de 7 de septiembre de 2012, como ya hizo en su sentencia de Pleno de 10 de abril de 2012 (rec. 501/09), en la frecuencia con que el Derecho europeo de la competencia se manipula «como mero pretexto para intentar un enriquecimiento no amparado por el ordenamiento jurídico». De ahí que, siendo cierto el rigor de la doctrina del TJUE sobre los efectos de la nulidad, no sea menos cierto que, en este caso, la presentación de la demanda muy poco antes de expirar el contrato, pidiendo una indemnización como si no hubiera existido abanderamiento, prescindiendo de la cuantiosa inversión de las demandantes planteando la nulidad, más por no haber podido vender por encima de los precios recomendados que por no haber podido vender por debajo de esos precios, tiene muy poco que ver con el Derecho de la competencia.

ha indicado, el punto de partida es el referido al de la nulidad de los contratos, pero con la introducción de algunos correctivos que, en la práctica, suponen apartarse del criterio de las restitución de las recíprocas prestaciones del artículo 1.303 del CC. Las soluciones adoptadas no dejan de adaptarse a los casos concretos que se plantean, siendo conveniente, por lo tanto, establecer una serie de criterios o principios comunes que pudieran servir para la correcta determinación de esos daños y perjuicios.

La Comisión Europea, en junio de 2011, en el proyecto de documento orientativo sobre cuantificación del daño en las acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 o 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, ante la falta de una normativa uniforme en los distintos países de la Unión, sí apunta hacia la fijación de unos principios comunes para la cuantificación de los daños en los que debiera tenerse en cuenta:

1) qué daños se repararán y las disposiciones generales de responsabilidad por las que se rigen las demandas de reparación;
2) los requisitos de causalidad o proximidad que establezcan un nexo entre el acto ilegal y el daño que justifique que el infractor sea considerado responsable de la reparación de dicho daño;
3) el marco de procedimiento en el que se dirimen las demandas por daños y perjuicios. Las normas nacionales habitualmente disponen la atribución de la carga de la prueba y de las responsabilidades respectivas de las partes para presentar alegaciones factuales al tribunal;
4) el nivel probatorio adecuado, que puede variar entre distintas fases del procedimiento, y puede también ser distinto en cuestiones de responsabilidad por daños y perjuicios y en aquellas sobre la cuantía de los mismos;
5) en qué medida y de qué manera están habilitados los tribunales para cuantificar el daño sufrido sobre la base de las estimaciones más aproximadas o consideraciones de equidad; y
6) la admisibilidad y el papel de las pruebas en litigios civiles y su evaluación (y en particular, las pruebas periciales).

En nuestro sistema judicial no está muy «afinado» el mecanismo de determinación de daños y perjuicios, no solo por las cargas probatorias que se atribuyen al demandante, sino también por el hecho de que el efecto declarativo de muchas sentencias determina que la aplicación de intereses no suela referirse al momento de la infracción, sino a la fecha de la sentencia. Este criterio, sin embargo, choca con la advertencia de la Unión Europea en el documento citado de que la concesión de intereses, según las disposiciones nacionales aplicables, constituye un elemento indispensable de la reparación por el daño causado por las infracciones de derechos otorgados por el Tratado. Como ha destacado el Tribunal de Justicia, la reparación íntegra del perjuicio sufrido debe incluir la reparación de los efectos adversos ocasionados por el lapso de tiempo transcurrido desde que se produjo el

perjuicio causado por la infracción —asunto C-271/91, MARSHALL, Rec. 1993, p. I-4367, apartado 31; asuntos acumulados C-295/04 a C-298/04, MANFREDI, Rec. 2006, p. I-6619, apartado 97. Estos efectos son la depreciación monetaria —asunto C-308/87, GRIFONI II, Rec. 1994, p. I-341, apartado 40 y las Conclusiones del Abogado General Tesauro en el asunto C-308/87; GRIFONI II, Rec. 1994, p. I-341, apartado 25; asuntos acumulados C-104/89 y C-37/00, MULDER y otros/Consejo y Comisión, Rec. 2000, p. I-203, apartado 51. En lo referente a la pérdida del poder adquisitivo, véanse los asuntos acumulados T-17/89, T-21/89 y T- 25/89, BRAZZELLI LUALDI, Rec. 1992, p. II-293, apartado 40.

También se considera un efecto la oportunidad perdida para la parte perjudicada de tener el capital a su disposición Conclusiones del Abogado General Saggio en los asuntos acumulados C-104/89 y C-37/00, MULDER y otros/Consejo y Comisión, Rec. 2000, p. I-203, apartado 105.

La legislación nacional debe tener en cuenta estos efectos como interés legal u otras formas de interés, siempre que se ajusten a los principios de efectividad y de equivalencia.

El informe de la Unión Europea, que nace con el objeto de fijar unas «Guidance» en la materia, identifica distintos métodos para determinar los daños y perjuicios, métodos que se sintetizan en los siguientes:

1) Métodos comparativos. Consisten en estimar lo que habría ocurrido de no haberse producido la infracción examinando periodos anteriores o posteriores a la infracción u otros mercados que no han sido afectados por la misma. Estos métodos comparativos toman los datos (precios, volúmenes de ventas, márgenes de beneficio y otras variables económicas) observados en el periodo no afectado o en los mercados no afectados como una indicación del escenario hipotético sin la infracción. Que deberá introducir correctivos de carácter temporal, geográfico o por tipos de productos o servicios.
2) Métodos de simulación de los resultados del mercado basados en modelos económicos, y el planteamiento para estimar un probable escenario sin infracción sobre la base de costes de producción y un margen de beneficios razonable.
3) Método de estimación aproximada o de determinación de límites máximos y mínimos.

En la determinación de los criterios de cuantificación debe tenerse en cuenta que los efectos no son los mismos en función de la conducta observada por el infractor, que puede ser: a) perjuicio causado por aumento de precio; b) perjuicio ocasionado por prácticas de exclusión, distinguiendo en este punto entre el daño a los competidores y el daño a los consumidores.

Tras todas estas consideraciones cabe concluir que tanto las normas procesales como materiales en materia de determinación de daños y perjuicios en el derecho español son excesivamente «estrechas» para una correcta determinación de daños

y perjuicios. Los tribunales españoles han introducido en sus resoluciones referencias directas e indirectas que permiten afirmar la «sensibilidad» de los órganos resolutorios para buscar una indemnización del daño y perjuicio sufrido en la línea marcada por la legislación y la práctica jurisprudencial de la Unión Europea en el desarrollo de los artículos 101 y 102 del Tratado de la Unión. Sin embargo, los estrechos márgenes legales permiten afirmar que el modelo español da muestras de insuficiencia, de agotamiento y que sería aconsejable una normativa específica en esta materia que permitiera, en el marco de la Ley de Defensa de la Competencia, establecer los principios y criterios para la fijación de las indemnizaciones, dando plena cabida a los criterios de determinación apuntados por el borrador de informe de la Comisión Europea.

LA EXPERIENCIA EN LA APLICACIÓN PRIVADA DESDE LA APROBACIÓN DE LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA*

MARÍA ÁLVAREZ SAN JOSÉ
LETICIA PÉREZ SOSA
Cuerpo Superior de Técnicos de la Administración Civil del Estado
Asesoría Jurídica de la Comisión Nacional de la Competencia

1. Introducción

La aplicación del Derecho de la competencia puede adoptar dos cauces: la acción pública o *public enforcement*, que es realizada por las autoridades administrativas (en algunos ordenamientos, también judiciales), y la acción privada *private enforcement*, que llevan a cabo los órganos judiciales sobre la base de las pretensiones formuladas por particulares.[1]

En el caso español, como es sabido, la aplicación de las normas de defensa de la competencia tradicionalmente se ha circunscrito al ámbito administrativo; se entendía que el mantenimiento de la competencia efectiva en los mercados era una cuestión de interés general que la Administración debía tutelar. Solo de manera complementaria, y una vez que la declaración administrativa hubiera ganado firmeza, podía el particular formular una pretensión indemnizatoria por los daños y perjuicios ocasionados por un comportamiento contrario a las normas de defensa de la competencia ante los tribunales civiles, lo que desincentivaba en la práctica el ejercicio de la acción.[2]

* Los puntos de vista expresados en este artículo son personales y en ningún caso representan la posición de la Comisión Nacional de la Competencia.

1. Ver Santos Lorenzo, S. y Turner-Kerr, P. «¿En estado de total subdesarrollo? La aplicación privada de las normas de defensa de la competencia en España», en *Gaceta Jurídica*, septiembre-octubre de 2006, págs. 42-56.

2. El art. 13.2 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia preveía: «La acción de resarcimiento de daños y perjuicios, fundada en la ilicitud de los actos prohibidos por esta Ley, podrá ejercitarse por los que se consideren perjudicados, una vez firme la declaración en vía administrativa y, en su

La aprobación del Reglamento 1/2003, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado,[3] con la consiguiente desmonopolización de la aplicación administrativa del Derecho europeo de la competencia, y la creación de los Juzgados de lo Mercantil, a los que se asigna, entre otros, el conocimiento de los procedimientos de aplicación de los actuales artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y su derecho derivado, marcó un punto de inflexión en la aplicación privada del Derecho de la competencia.

La nueva normativa suscitó una serie de incógnitas y expectativas que, desde la perspectiva del Derecho de la competencia, se concretaban en cuál sería el futuro desarrollo de la aplicación privada en el ámbito español, tanto en lo relativo al previsible incremento de este tipo de demandas ante los tribunales ordinarios (bien para lograr la nulidad de un contrato, o para obtener una compensación económica por los daños y perjuicios derivados de un ilícito competencial) como en lo que se refiere a la convivencia pacífica y enriquecedora de ambos modelos, público y privado, de defensa de la competencia.[4]

Casi diez años después de aquel hito normativo en el ámbito comunitario disponemos de perspectiva suficiente para revisar, a la luz de lo acontecido, las dudas y pronósticos que se formularon en la etapa inicial de la aplicación privada del Derecho de la competencia.

Los años transcurridos han permitido albergar otra reforma normativa sustancial, en este caso a nivel nacional, concretada en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC), que ya hace tiempo que no puede ser calificada como reciente, y que en esta materia no introdujo novedades ni avances respecto de lo previsto por el Reglamento 1/2003 para los casos nacionales.[5]

Pese a las reformas operadas, la aplicación privada de las normas de competencia, tanto en Europa como en el caso español, se sigue considerando escasa. Existen numerosos obstáculos que dificultan que los particulares utilicen este instrumento: las dificultades de acceso a las pruebas, las incertidumbres sobre los costes de liti-

---

caso, jurisdiccional. El régimen sustantivo y procesal de la acción de resarcimiento de daños y perjuicios es el previsto en las leyes civiles».

3. Reglamento (CE) n.º 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, DOCE de 4.01.2003.

4. Ver, por todos, el análisis formulado por Castro-Villacañas Pérez, D. 2004. «La aplicación privada del Derecho de competencia y los nuevos juzgados de lo mercantil», en *Boletín económico de ICE*, n.º 2.818, págs. 3-14.

5. No se ha llegado a dar el paso de reconocer a las resoluciones de la autoridad nacional de la competencia el carácter vinculante respecto de los órganos jurisdiccionales que sí se contiene en el Reglamento 1/2003, que otorga carácter vinculante a la decisión de la Comisión europea para los órganos jurisdiccionales nacionales con posibilidad de presentar cuestión prejudicial ante el TJUE en caso de discrepancia (art. 16 Reglamento 1/2003 y art. 267 TFUE). Ver, anticipando los riesgos de tal opción, Guerra Fernández, A. 2006. «La aplicación privada de las normas españolas de competencia: mecanismos para mejorar la interacción entre las actuaciones administrativas y las acciones civiles en el marco de la reforma de la Ley», en *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, n.º 243, 2006, pág. 34.

gación, la imperfección de las regulación de las acciones colectivas, el carácter incompleto de la regulación procesal en la materia, la falta de previsibilidad en lo relativo a los posibles métodos de cuantificación de los daños, la insuficiente experiencia en la aplicación de figuras tales como la repercusión del sobreprecio (*passing on defense*) o la ausencia de formación especializada de los órganos judiciales en cuestiones de carácter económico. Tampoco es irrelevante en este sentido la propia falta de información y conocimiento por los ciudadanos de la existencia y ventajas de esta opción complementaria o alternativa de la acción pública.[6]

En el ámbito comunitario se han producido progresos en la materia en términos de *soft law*. Así, con la finalidad de revertir esta situación de preponderancia casi exclusiva del *public enforcement* y resolver los obstáculos al adecuado desenvolvimiento de las acciones privadas, en el año 2008 el ejecutivo comunitario adoptó el *Libro Blanco sobre acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia.*[7] El objetivo era mejorar las condiciones jurídicas existentes, de manera que los afectados por una práctica contraria a la libre competencia pudieran llegar a hacer efectivo su derecho a la reparación del daño patrimonial causado. La discusión previa al *Libro Blanco*[8] resulta de particular interés porque pone de manifiesto los ambiciosos objetivos iniciales de la Comisión en la materia y, por contraste, el realista compromiso al que se ha ido llegando.[9]

Si la cuestión sobre el escaso desarrollo de las indemnizaciones resarcitorias en el ámbito de la Unión Europea ha sido uno de los focos de atención constante durante los últimos años, tal inquietud puede decirse que incluso se ha acentuado en los últimos meses, donde han abundado las declaraciones e iniciativas de distinto carácter sobre la materia. En este sentido, en octubre de 2012, el Comisario Joaquín Almunia, con motivo de la presentación del Programa de Trabajo sobre Política de Competencia, ha insistido en el compromiso de la Comisión de formular una iniciativa legislativa en esta materia.[10]

No obstante, la complejidad del proceso de tramitación de esta iniciativa normativa, en la que ha habido incluso un borrador no publicado de Directiva, y la

6. STAKHEYEVA, H.2012. «Removing Obstacles to a More Effective Private Enforcement of Competition Law», en *European Competition Law Review*, 9, págs. 398 y ss.

7. COM (2008), 2 de abril de 2008. Para una análisis en español del documento, ver HERRERO SUÁREZ, C. 2008. «La aplicación privada del Derecho de la competencia europeo: El *Libro Blanco* en materia de acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia», en *RCD*, n.º 3, págs. 103-117.

8. Ver Informe *Ashurst*, de 2004, realizado por encargo de la Comisión Europea y el *Libro Verde sobre reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia*, COM (2005), 19 de diciembre de 2005.

9. Sobre el particular, ver ALFARO ÁGUILA-REAL, J.«Contra la armonización positiva: la Propuesta de la Comisión para reforzar el *private enforcement* del Derecho de la Competencia», en *InDret*, 3/2009.

10. Ver *Presenting the Competition Policy Work Programe for 2013/14*, 8 octubre de 2012. Asimismo, como ejemplo de tal preocupación en el ámbito de las autoridades nacionales de competencia, puede consultarse el documento de la ANC del Reino Unido: *Private Actions in Competition Law: A consultation on options for reform. The OFT's response to the Government's consultation*, julio 2012.

puntual retirada de la misma de la agenda de la Comisión,[11] ponen de manifiesto las tensiones y dificultades de la cuestión de fondo, dificultades tanto técnicas como incluso valorativas, en tanto que suscitan un debate sobre el modelo europeo de Derecho de la competencia, hasta la fecha preponderantemente público.

En este trabajo, se exponen algunas reflexiones sobre la experiencia de la aplicación privada en España transcurridos cinco años desde la aprobación de la LDC: en primer lugar se diferencian las dos grandes tipologías de acciones vinculadas a la aplicación privada del Derecho de la competencia, tratando de analizar cuáles puedan ser las causas para la preponderancia indiscutible de las llamadas *stand-alone actions*. En el marco de este tipo de acciones, se exponen en un epígrafe específico la problemática y protagonismo cuantitativo de los contratos de distribución de carburantes. Asimismo, al hilo de un caso que consideramos que puede servir de modelo, se examinan algunos de los elementos más relevantes que se presentan en las conocidas como las *follow-on actions*. Finalmente, tras una sintética exposición de la competencia de la CNC como *amicus curiae*, se aportan algunas notas finales sobre las perspectivas de evolución y las cuestiones actualmente más sometidas a debate en materia de aplicación privada.

2. Clases de casos: el predominio de las *stand-alone actions*

En el ámbito de la aplicación privada del Derecho de la competencia se distinguen dos categorías de casos: las denominadas acciones autónomas o independientes (*stand-alone*), que no traen causa de una declaración administrativa previa de ilícito competencial, y las acciones dependientes de una anterior resolución del órgano administrativo competente en materia antitrust (acciones *follow-on*).

Como es sabido, la normativa vigente (Reglamento 1/2003 y LDC) ha suprimido tanto la competencia exclusiva sobre la declaración de ilicitud de las conductas que tenía la autoridad administrativa de defensa de la competencia con base en el Derecho comunitario de la competencia, como el requisito de procedibilidad de firmeza previa de sus resoluciones para reclamar daños y perjuicios civiles (previsto en el artículo 13.2 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia). Ahora puede acudirse directamente a la jurisdicción (Juzgados de lo Mercantil) para reclamar no solo una declaración de ilicitud, en base a los artículos 101 y 102 del TFUE —desde mayo de 2004—o artículos 1 y 2 de la LDC —desde septiembre de 2007—, sino una condena de responsabilidad por daños y perjuicios.

11. ALFARO, J. y REHER, T. 2011. «The European Commission s Journey to a Directive on Damages Actions: One Step Forward–Two Steps Back!», en *Global Competition Review, The European Antitrust Review 2011, EU Private Antitrust Litigation*, pág. 53. Ver, asimismo, de los mismos autores, «Towards the Directive on Private Enforcement of EC Competition Law: Is the Time Ripe?», en *Global Competition Review, The European Antitrust Review 2010, EU Private Antitrust Litigation*, págs. 43 y ss.

Desde una perspectiva estadística, en España las acciones independientes, que no derivan de previas declaraciones de infracción por parte de la autoridad de competencia, han sido hasta la fecha muy superiores en número a las acciones indemnizatorias o de reclamación de daños consecutivas a un previo ilícito competencial declarado por el Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) o la Comisión Nacional de la Competencia (CNC).[12]

Así, desde junio de 2004, tenemos conocimiento de 126 sentencias dictadas en procedimientos de aplicación privada del Derecho de la competencia,[13] de las cuales tan solo cinco casos se corresponden con acciones *follow-on*, derivadas de infracciones previamente declaradas de los artículos 1 y 6 de la Ley 16/1989, de 17 de junio, de Defensa de la Competencia, y de los artículos 81 y 82 del TCE.[14]

El resto de resoluciones judiciales se corresponden con acciones independientes, la mayoría de las cuales, como se analiza en detalle en el apartado siguiente, versan sobre reclamaciones de estaciones de servicio contra el operador petrolífero al que les liga un contrato de exclusiva.

Los ocho únicos casos de acciones *stand-alone* de las que tenemos conocimiento, no relacionadas con estaciones de servicio, se corresponden con diversos sectores productivos,[15] con cierta mayor incidencia de conflictos entre agentes que desarrollan su actividad en el mercado de las comunicaciones electrónicas.

Este predominio de las acciones autónomas o independientes no deja de resultar paradójico, en un sistema como el español, en el que existe una preponderancia indiscutible de la acción pública. Las resoluciones sancionadoras de las autoridades de competencia deberían servir de estímulo para que tanto otras empresas perjudicadas por la conducta ilícita como los particulares emprendieran acciones privadas de resarcimiento de daños y perjuicios.

Sin embargo, en la práctica concurren una serie de incertidumbres y dificultades que hasta la fecha han contribuido a esa menor incidencia relativa.

12. Ver Ruiz de Angulo Gómez, E.; Bayo Álvarez, R. y Costas Comesaña, J. 2011. «Las experiencias nacionales en la aplicación privada del Derecho de la competencia: España», en Velasco San Pedro; Alonso; Echebarría; Herrero; Gutiérrez Gilsanz (dirs.) *La aplicación privada del derecho de la competencia*, Lex Nova, Valladolid, págs. 137-147, especialmente la pág. 138.

13. No existe una correspondencia perfecta entre sentencias y número de casos, puesto que este cómputo incluye sentencias de distintas instancias respecto del mismo caso.

14. Se trata de los asuntos y sentencias siguientes: Antena 3/Liga Nacional de Fútbol Profesional (STS de 14.04.2009); Telefónica/3C Communications (SAP Madrid de 8.05.2007 y Auto TS de 14.07.2009); IASIST/3M (Sentencia JPI de Madrid n.º 71 de 1.06.2007 y Auto de AP Madrid de 11.06.2008); Fabricantes de dulces y galletas/ACOR (STS de 8 de junio de 2012) y Fabricantes de dulces y galletas/Ebro Foods (SAP de Madrid de 3.10.2011).

15. Los casos a los que nos referimos son los siguientes: I) Conduit/Telefónica, SAP de Madrid de 25.05.2006,; II) Canal Satélite Digital/SGAE, Sentencia de Juzgado Mercantil n.º 5 de Madrid, de 25.01.2006; III) Euskatel/Sogecable/Audiovisual Sport, STS de 14.02.2012; IV) Tenaria/Sogecable/Audiovisual Sport, SAP de Madrid de 6.02.2009; V) Package/Supertape, Sentencia Juzgado de lo Mercantil n.º 7 de Barcelona de 25.06.2009; VI) Atic/RENFE, Sentencia de Juzgado de lo Mercantil n.º 8 de 24.03.2010; VII) Centrica Energia/Endesa Distribución, SAP de Barcelona de 19.04.2012; VIII) Ryanair/AENA, Sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Alicante, de 26.03.2012.

En este sentido, no hay que olvidar que el legislador nacional no ha reconocido a las resoluciones de la autoridad nacional de competencia carácter vinculante, a diferencia de lo que sucede en Derecho de la competencia comunitario, en el que expresamente se contempla el carácter vinculante, para los órganos judiciales nacionales, de las decisiones de la Comisión en las que se constate la existencia de una infracción de los actuales artículos. 101 y 102 del TFUE. No existe norma interna equivalente al artículo 16.1 del Reglamento 1/2003 que disponga que las resoluciones dictadas por la CNC vinculen a los jueces de lo mercantil en el enjuiciamiento de las acciones basadas en las mismas conductas.[16]

La resolución sancionadora de la CNC es un acto administrativo, que no veda a la jurisdicción civil el enjuiciamiento de la misma cuestión. Ahora bien, cuando la decisión adoptada por la CNC sobre la ilicitud de una conducta sea objeto, a su vez, de recurso contencioso-administrativo, la doctrina considera que la resolución judicial que confirme la decisión de la Comisión sí vinculará en tal sentido al juez de lo mercantil que conozca de las acciones fundadas en aquella misma conducta ya enjuiciada, como consecuencia de la eficacia de cosa juzgada en sentido positivo.[17]

Esa falta de vinculación propia de la resolución de la autoridad nacional de competencia, puede constituir un desincentivo para el uso de las *follow-on actions,* ante el riesgo de que puedan darse resoluciones contradictorias sobre un mismo asunto por parte de la CNC y de los tribunales civiles, de forma que al potencial demandante le resulte más ventajoso acudir directamente a la jurisdicción civil que esperar al pronunciamiento previo de la CNC, no vinculante y que puede quedar sometido a un relativamente largo proceso de recursos en vía contencioso-administrativa.

Otra posible razón añadida del número relativamente escaso, hasta hace pocos años, de demandas de indemnización de daños en Europa, en general, y en España, en particular, es la existencia todavía de pocas resoluciones de las autoridades de competencia en las que se declare la existencia de un cártel cuyos efectos en el mercado se hayan considerado significativos, y la mayor parte de ellas, recaídas recientemente.[18] El desarrollo y éxito de los programas de clemencia puede ser un elemento que invierta esta tendencia.

Por otra parte, no hay que olvidar que en España no existe una cultura de reclamación de los daños ocasionados por violaciones de las normas de la competencia, a diferencia de lo que sucede en Estados Unidos, paradigma de la aplica-

16. Sancho Gargallo, I. 2009. «Ejercicio privado de las acciones basadas en el derecho comunitario y nacional de la competencia», en *Indret*, 1/2009.

17. Díez-Picazo Giménez, I. 2008. «Sobre algunas dificultades para la llamada "*aplicación privada*" de las normas de competencia en España», en *Una reflexión sobre la política de defensa de la competencia*, págs. 53-74 (http://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=344854).

18. Alfaro Águila-Real, J. 2009. «Contra la armonización positiva: la Propuesta de la Comisión para reforzar el *private enforcement* del Derecho de la Competencia», en *InDret*, 3/2009.

ción privada.[19] Tampoco existe un sistema de acciones de clase, en la modalidad de *opt-out*, equivalente al estadounidense que, pese a las críticas que ha recibido, facilita el ejercicio de las acciones de reclamación de daños y perjuicios derivados de ilícitos concurrenciales, al atenuar muchos de los problemas de información, costes de persecución y obstáculos procesales que los particulares deben afrontar en este tipo de procesos.

3. La problemática particular y el protagonismo cuantitativo de los contratos de distribución de carburantes

Si las acciones independientes tienen un claro predominio estadístico, a su vez, dentro de las mismas, ya hemos anticipado que destacan abrumadoramente en la experiencia española los procedimientos judiciales relativos a contratos entre estaciones de servicio y operadores petrolíferos.

Efectivamente, la distribución de carburantes en España a través de estaciones de servicio ha venido generando un elevado nivel de litigiosidad entre los operadores petrolíferos y los distribuidores.[20] En la inmensa mayoría de los casos se trata de demandas interpuestas por el gestor de la estación de servicio, en la que se pretende que sea declarada la nulidad de los contratos que le ligan a la operadora petrolífera, por conformar una relación jurídica compleja que contraviene normas imperativas, al quedar el precio de los productos objeto de exclusiva de suministro al arbitrio de esta última. Asimismo es habitual solicitar la correspondiente indemnización de daños y perjuicios.

La mayoría de los contratos de distribución de carburantes se formalizaron en una fecha en la que era de aplicación el artículo 81 del TCE, así como el *Reglamento 1984/83, de la Comisión, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas* y, posteriormente, el *Reglamento 2790/99*, que sustituye al anterior.[21]

La relación contractual entre la estación de servicio y el operador petrolífero se instrumenta a través de contratos complejos, que la compañía petrolera califica y considera como de comisión mercantil (o, dado que se trata de una colaboración

19. Lande, R.H. 2011. «Beneficios potenciales de la aplicación privada del Derecho de competencia», en *RCD*, n.º 9, págs. 15-32, insistiendo en la relevancia del efecto de disuasión de conductas contrarias a la competencia que en el sistema norteamericano despliega la aplicación privada.

20. Por esa misma razón las aportaciones doctrinales sobre la materia también son relativamente abundantes. Por todos, ver Martínez Rosado, J. 2009. «Distribución de carburantes a través de estaciones de servicio y Derecho de la competencia: ¿Una problemática sin fin o el fin de una problemática?», en *RCD*, n.º 5, págs. 153-188.

21. Reglamento (CE) n.º 2790/1999 de la comisión de 22 de diciembre de 1999 relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas. Asimismo, hay que mencionar la *Comunicación sobre Directrices relativas a las restricciones verticales de 13 de octubre de 2000*, así como las nuevas *Directrices relativas a restricciones verticales*, publicadas en el DOUE de 19 de mayo de 2010 (2010/C/130/01).

estable y duradera, de agencia) y que los titulares de estaciones de servicio reclaman que se reconozcan como contratos de distribución. Argumentan estos que el supuesto comisionista asume unos riesgos ajenos al contrato de agencia y, como consecuencia, que deberían poder fijar libremente el precio de reventa.

Esta problemática entre sujetos privados tiene evidente conexión con una cuestión de carácter general relativa al propio grado de competencia en el mercado de distribución de gasolina y gasóleo. Desde 1995, las sucesivas autoridades de la competencia española han tenido la oportunidad de resolver más de una veintena de expedientes que implicaban a operadores petrolíferos. Tanto en distintas resoluciones del TDC y de la CNC,[22] como en monográficos informes sectoriales de esta autoridad y del regulador de los sistemas energéticos, se pone de manifiesto que el mercado de carburantes de automoción en España presenta unos precios y unos márgenes que se sitúan entre los más altos de la UE y por encima de economías de tamaño comparable, lo que resulta compatible con un menor nivel de competencia a lo largo de la cadena de comercialización.[23]

De entre la tipología de posibles modalidades contractuales,[24] los contratos que mayor litigiosidad han generado son los llamados CODO (*Company Owned-Dealer Operated*), en los cuales el operador petrolífero conserva la propiedad (o la titularidad de un derecho real) del punto de venta, estando cedida la gestión a favor de un tercero en virtud de un contrato de arrendamiento de larga duración con exclusiva de suministro.

Los contratos son complejos en cuanto que, normalmente, con distintas combinaciones, incluyen: i) La prestación de suministro exclusivo de carburantes (incluyendo una cláusula de no competencia); ii) una relación de abanderamiento con la imagen de determinada compañía mayorista; iii) una relación de arrendamiento de industria, por la que el arrendatario se obliga a explotar una estación de servicio abanderada con la imagen de una compañía mayorista; iv) y se vinculan a un contrato previo por el que el propietario de los terrenos sobre los que se asienta la estación de servicio concede un derecho de superficie a la operadora petrolí-

22. Por todas, ver Resolución del TDC de 11 de julio de 2001 (Expediente 490/00, REPSOL) y Resolución de la CNC de 30 de julio de 2009 (Expediente 652/07 REPSOL/CEPSA/BP). En esta última se sanciona a las operadoras petrolíferas parte del expediente por haber fijado indirectamente el precio de venta al público a empresarios independientes que operan bajo su bandera, restringiendo la competencia entre las estaciones de servicio de su red y con el resto de estaciones de servicio.

23. Ver el Informe de la Comisión Nacional de Energía: *Informe en relación al mercado español de la distribución de gasolina y gasóleo a través del canal de estaciones de servicio, de 10 de octubre de 2012.* Así como dos Informes de la CNC, también de 2012: *Informe sobre la consulta efectuada por la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa sobre el mercado de carburantes de automoción en España* e *Informe de seguimiento del mercado de distribución de carburantes de automoción en España.*

24. Para consultar las posibles tipologías de contratos en función del régimen de propiedad de la estación de servicio y del tipo de relación comercial entre el proveedor y la estación de servicio, puede consultarse la comunicación publicada de conformidad con el apartado 4 del artículo 27 del Reglamento (CE) n.º 1/2003 del Consejo, relativa al asunto COMP/38348 Repsol CPP SA, donde la Comisión diferencia hasta ocho modalidades.

fera durante un periodo de tiempo prolongado (desde 15 a 40 años) para que esta construya la estación y la explote, ya sea directamente, ya a través de otra persona.

Los aspectos más controvertidos en esa relación contractual son, fundamentalmente, los siguientes: a) se discute la naturaleza misma de los contratos, b) las cláusulas de fijación del precio de venta al público por el operador petrolífero,[25] c) la exclusiva de suministro y d) la duración máxima del contrato.

a) Respecto de la *naturaleza de esos contratos*, se cuestiona si la estación de servicio tiene la condición de agente o comisionista del principal o si se trata de un distribuidor independiente (revendedor). A esta distinción básica se une la establecida por la Comisión Europea, atendiendo a la realidad económica del contrato, entre *agente genuino* y *no genuino*. En los supuestos calificados como de agencia no genuina, se considera que el titular de la estación de servicio es un operador económico independiente, existen dos partes autónomas (y no una única unidad económica, como sucede con la agencia) y, por tanto, son aplicables tanto el artículo 81 del TCE (actual artículo 101 del TFUE), así como los límites que el Derecho de la competencia establece para los acuerdos verticales.[26]

Conforme a la *Comunicación sobre Directrices relativas a las restricciones verticales de 13 de octubre de 2000* (párrafo 13), lo que determina si se está ante un acuerdo de agencia genuino o no genuino, esto es, si resulta aplicable o no el artículo 81 del TCE, es «el riesgo financiero o comercial que asume el agente en relación con actividades para las cuales haya sido designado como tal por el principal». La cuestión del riesgo ha de evaluarse caso por caso y corresponde al juez nacional determinarlo a la vista de las circunstancias fácticas del asunto principal. No obstante, la Comisión formula determinadas orientaciones sobre los criterios a considerar (párrafo16).[27]

b) En lo que se refiere a la *fijación del precio de venta al público* por el operador petrolífero, esta solo puede realizarse por el comitente o principal cuando la relación entre el proveedor y la estación de servicio se articula a través de un contrato de agencia o comisión. El distribuidor exclusivo (revendedor), por el contrario, obtiene su beneficio por la diferencia entre el precio pagado al operador petrolífero y el que cobra por la reventa a sus clientes, que establece libremente. La prohibición de fijación de precio de venta al público en

25. Este aspecto está claramente vinculado al de la propia naturaleza del contrato de que se trate (agencia, distribución o agencia no genuina). Ver De Félix Parrondo, E. 2009. «Problemática de la fijación de precios en los contratos entre operadores petrolíferos y estaciones de servicio», en *RCD*, n.º 4, págs. 197-209.

26. Sobre la evolución producida en la inicial exclusión de la relaciones de agencia del ámbito de la prohibición de pactos restrictivos de la competencia, ver Lorente Hurtado, F. «Restricciones verticales en la distribución de combustibles petrolíferos. La cuestión de la agencia», en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 14-2006, págs. 29-44.

27. En igual sentido, ver los párrafos 13-17 de las *Directrices relativas a las restricciones verticales*, DOUE de 19 de mayo de 2010.

el contrato de agencia no genuino, al que se aplica la normativa de competencia, es absoluta, y se concreta en la prohibición de fijar un precio de venta como tal o un precio mínimo.[28] Cabe, por tanto, recomendar un precio o fijar un precio máximo.[29] No obstante, respecto de este último aspecto el TJCE señala que procede comprobar si la fijación del precio de venta máximo no es, en realidad, un precio de venta fijo o mínimo, teniendo en cuenta el conjunto de las obligaciones contractuales, así como el comportamiento de las partes.[30]

c) En estos contratos se prevé que el distribuidor queda obligado a abastecerse de los carburantes vendidos por una determinada compañía petrolífera. La *exclusiva de suministro* de carburante queda englobada en la definición de cláusula de no competencia del artículo 1 del Reglamento 2790/1999 y, al contrario de lo que sucede respecto de las cláusulas de fijación del precio de reventa, aquí no es relevante el que los contratos sean calificados como de agencia genuina o no genuina. El Reglamento establece un regla general permisiva de este tipo de cláusulas (se considera que contribuyen a que se puedan recuperar las inversiones que para el operador petrolífero representa la construcción y mantenimiento de las estaciones de servicio), con un límite en cuanto a su duración.

d) El último aspecto polémico se refiere precisamente a la *duración máxima del contrato*. El artículo 5.a) del Reglamento 2790/1999 declara exentas de la prohibición del artículo 81.1 del TCE a las cláusulas de exclusiva de suministro de carburante de duración igual o inferior a cinco años. El Reglamento anterior preveía una duración sustancialmente superior (10 años) de tales cláusulas de exclusiva (art. 12.1.c) Reglamento 1984/1983).

Existe no obstante una excepción al límite de cinco años, previsto para los casos en los que el local y/o los terrenos desde los que se venden los carburantes por la estación de servicio sean propiedad de la petrolera o bien estén arrendados por esta a terceros no vinculados con la estación de servicio, en cuyo caso la exclusiva se extiende a todo el periodo durante el cual se explote efectivamente la estación de servicio (art. 5.a) Reglamento 2790/1999).

28. Sobre la polémica existente sobre los efectos sobre la competencia de la fijación vertical de precios de reventa, trascendiendo el ámbito de la distribución de carburantes, puede consultarse, HERRERO SUÁREZ, C. «Imposiciones a los distribuidores: determinación del precio de venta al público», en *Distribución comercial y derecho de la competencia*, Viera González y Echevarría Sáenz (dirs.). 2011, págs. 363-377.

29. Art. 4 Reglamento 2790/1999, conforme al cual la exención prevista en el art. 2 no se aplicará a los acuerdos verticales que tengan por objeto: «la restricción de la facultad del comprador de determinar el precio de venta, sin perjuicio de que el proveedor pueda imponer precios de venta máximos o recomendar un precio de venta, siempre y cuando estos no equivalgan a un precio fijo o mínimo como resultado de presiones o incentivos procedentes de cualquiera de las partes.»

30. «Es preciso comprobar en particular si tal precio de venta al público no se fija, en realidad, a través de medios indirectos o subrepticios, tales como la fijación del margen del titular de la estación de servicio, amenazas, intimidaciones, advertencias, sanciones o incentivos» (Sentencia del TJCE de 11 de septiembre de 2008).

La litigiosidad en materia de contratos entre operadores petrolíferos y estaciones de servicio es muy significativa, y el número de sentencias emitidas por las distintas instancias judiciales sobre esta cuestión, muy elevado.[31] La abundancia de sentencias en la materia dificulta realizar un análisis exhaustivo, pero a la vez permite detectar claras líneas de coincidencia en las cuestiones más problemáticas que plantean estos contratos.

En lo relativo a la definición de la *naturaleza de los contratos* de distribución de carburante, la mayoría de decisiones judiciales consideran que, si bien se está ante un contrato de agencia o comisión y no de reventa, se trata de un contrato de *agencia no genuino*, y por tanto le es de aplicación el artículo 81.1 del TCE. Se señala que la aplicabilidad de las normas de competencia en este contexto no depende de la calificación del contrato conforme a Derecho interno, sino del criterio de la asunción del riesgo, esto es, que la estación de servicio asuma, en una proporción no insignificante, uno o varios riesgos financieros y comerciales relativos a la venta de los productos a terceros.

En cuanto a las *cláusulas de fijación del precio de venta al público* por el operador petrolífero, se considera lícita la fijación del PVP por la operadora petrolífera si se respeta la libertad de la estación de servicio para, mediante reducciones de su comisión, poder modular el precio al cliente final. Numerosas sentencias vienen afirmando que corresponde a la estación de servicio la carga de la prueba de demostrar que el proveedor, mediante mecanismos directos o indirectos, hace totalmente inviable, mediante obstáculos absolutamente insalvables, la realización del descuento con cargo a la comisión.[32] Algunos autores han cifrado precisamente en este punto relativo a la apreciación o no de fijación indirecta de precios la principal discrepancia entre las resoluciones de la autoridad nacional de la competencia y la jurisprudencia en la materia.[33]

Tanto las Audiencias Provinciales como el Tribunal Supremo, al tratarse de una cuestión de prueba que se ha de dirimir en primera instancia, no entran a revisar el juicio realizado en primera instancia, salvo que no se haya producido, por diferencias en la calificación del contrato.[34]

Son frecuentes las afirmaciones relativas a que no se trata de que el operador petrolífero haya fijado directa o indirectamente el precio de venta, sino de que lo

31. A título orientativo, a lo largo de 2011 la CNC ha tenido conocimiento de 11 sentencias y 12 autos de admisión a trámite sobre esta materia. Tres de las sentencias son de Juzgados de lo Mercantil, tres de Audiencias Provinciales y el resto (otras 5) del Tribunal Supremo. Los autos de admisión a trámite son todos de distintos Juzgados de lo Mercantil.

32. Ver, por todas, sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 5 de Madrid, de 26 de diciembre de 2011, con cita *de STS de 15 de enero de 2010.*

33. Díez Estella, F. 2009. «A vueltas con la fijación de precios en la distribución de carburantes (Comentario al auto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, de 3 de septiembre de 2009, Asunto C-506/07)», *Diario La Ley*, n.º 7306, con una visión muy crítica de la Resolución de la CNC de 30 de julio de 2009 (Expediente 652/08), que llega a considerar que extiende el tipo e esta infracción.

34. A título de ejemplo, ver SAP de Madrid (sección 28.º) de 30 de septiembre de 2011.

que sucede es que la estación de servicio pretende mantener unos márgenes de beneficio garantizados, al no querer reducir su margen bruto por venta.[35] No obstante, algún autor también ha apuntado que en sede judicial es posible que la prueba de la no fijación de precios por parte de los proveedores de carburantes esté resultando insuficiente.[36]

Respecto a las solicitudes de las estaciones de servicio para que se declare la nulidad del contracto en cuestión por su *excesiva duración* (muy frecuentemente, 25 años), entienden la mayoría de las sentencias que, cuando fueron suscritos, los acuerdos se ajustaba a lo previsto en el Reglamento 1984/83, pudiendo extenderse su duración por haber proporcionado el operador petrolífero a la estación de servicio ventajas económicas o financieras relevantes (art. 12.2). Respecto de no adaptación posterior de los contratos controvertidos al régimen derivado del Reglamento 2790/1999 —que redujo tanto la duración máxima de las cláusulas de exclusiva (5 años) como el régimen excepcional (art. 5.a)—, las distintas instancias judiciales recuerdan que la aplicación del nuevo Reglamento 2790/1999 no significa que, retroactivamente, se produzca la nulidad total del contrato, sino que, al no haber sido adaptado por las partes, la consecuencia es la nulidad solo de la cláusula que determina la duración de la exclusiva, que ha de sustituirse por la previsión de extinción al término del plazo máximo previsto en tal Reglamento, esto es, a los cinco años de su entrada en vigor (principio *favor negotii*).[37]

Un elemento presente en numerosas sentencias de las diversas instancias tiene que ver con la formulación de una consideración final relativa a la existencia de un posible abuso de derecho o actuación contra actos propios del titular de la estación de servicio que parece contrario a «los más elementales principios de la contratación» que durante un dilatado periodo de tiempo la parte actora titular de la estación de servicio haya estado beneficiándose del abanderamiento por una compañía de relevancia en su sector, para decidir unilateralmente considerar nula la relación jurídica litigiosa precisamente en cierta fecha, esto es, varios años después de la entrada en vigor del Reglamento 2790/1999, tras haberse desarrollado pacíficamente esa relación durante toda la vigencia del reglamento de 1983. Se menciona también que la estación de servicio parece tener «la pretensión de quedarse con una gasolinera ajena, sin contraprestación alguna y con base, a lo sumo, en una invalidez sobrevenida sin culpa de la operadora petrolífera».[38]

35. Puede verse la sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 4 bis de Madrid, de 25 de noviembre de 2011.

36. Martínez Rosado, J. «Distribución de carburantes a través de estaciones de servicio y Derecho de la competencia: ¿Una problemática sin fin o el fin de una problemática?», en *RCD*, n.º 5, 2009, pág. 182: «Dada la insistencia de los titulares de los derechos de explotación sobre las estaciones de servicio en acudir a la vía judicial, cabe también pensar si —llegados a esta— la prueba de la no fijación de precios por parte de los proveedores de carburantes resulta insuficiente, en el sentido de que no llega al fondo del asunto [...].»

37. Ver, por todas, SAP de Madrid (sección 28) de 13 de febrero de 2012.

38. Ver, entre otras, STS de 3 abril 2012.

No son inhabituales, tampoco, las referencias de las distintas instancias judiciales a la Resolución de la CNC de 30 de julio de 2009, a menudo por ser traída a colación por la parte demandante. En esas referencias, el órgano judicial señala «no compartir la muy respetable interpretación que efectúa la CNC»[39] y que no cabe extrapolar directamente la Resolución de la CNC citada al caso enjuiciado, porque en la Resolución:

> se valora la situación desde una perspectiva general, contemplando una pluralidad de operadoras que utilizan, cada una de ellas, contratos de diversos tipos y con clausulados no siempre coincidentes, y se llega a una conclusión en la que pesa un criterio presuntivo, sustentado en que haya constatado un elevado seguimiento de los precios máximos en el sector de la distribución de combustibles y carburantes por parte de las estaciones de servicio. Cuando de lo que se trata es de decidir sobre la validez de un contrato concreto, es precisa una proyección individualizada del problema y la demostración, de forma suficiente y en el caso específico, de que median clausulados o prácticas perfectamente identificados que resulten inadmisibles y que, por lo tanto, justifiquen la drástica decisión de declarar la nulidad de un contrato por la pretendida infracción del artículo 81 del Tratado CE.

También es frecuente que las sentencias sobre esta cuestión señalen que «el objeto específico de este tipo de litigios no es el mismo que el de las actuaciones administrativas practicadas en relación a la red de los operadores petrolíferos, que cumplen otra finalidad».[40]

Respecto de esa consideración relativa a la diferencia de objeto entre las resoluciones de la autoridad administrativa de la competencia en esta materia y las resoluciones judiciales relativas a un concreto procedimiento entre una estación y un operador petrolífero, algunos autores han puesto de manifiesto como la solución que hasta la fecha se viene dando a los numerosos litigios sobre la legalidad de los contratos verticales no ha tenido consecuencias positivas sobre los consumidores en términos de disminución de los precios minoristas.[41]

39. Ver, por todas, la SAP de Madrid (sección 28), de 4 de octubre de 2010, recogida posteriormente por otras.

40. Sentencia del Juzgado Mercantil n.º 3 de Madrid, de 16 de abril de 2012.

41. Perdiguero J. y Borrell J.R. 2007. «La difícil conducción de la competencia por el sector de las gasolinas en España», en *Economía Industrial,* n.º 365, pág. 124: «El largo y complejo litigio sobre la legalidad de los contratos verticales puede estar llevando a un cambio en la distribución de rentas de la actividad entre el operador mayorista y el comercializador minorista, pero parece no haber mejorado de momento el bienestar de los consumidores a través de menores precios».

4. Las *follow-on actions*. La excepción de *passing on defense*

Frente a lo que sucede en materia de contratos vinculados a la distribución minorista de carburantes, los casos de *follow-on actions* han sido muy escasos.[42] No obstante, el análisis somero de uno de los casos más recientes nos da la oportunidad de exponer algunos elementos problemáticos comunes a cualquier acción de estas características.

Efectivamente, la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 8 de junio de 2012, constituye un ejemplo poco frecuente de aplicación privada del Derecho de la competencia en la modalidad de demanda de indemnización de daños y perjuicios consecutiva a las sanciones impuestas por la autoridad de competencia y que supone, junto a las sentencias de instancia de las que trae causa, una suerte de prototipo a la hora de analizar las distintas cuestiones que se suscitan en este tipo de procedimientos.

El origen remoto de la sentencia del Tribunal Supremo, de 8 de junio de 2012 lo constituye una Resolución del TDC de abril de 1999 (Exp. 426/98, Azúcar), confirmada posteriormente en vía contencioso-administrativa, tanto por la Audiencia Nacional como por el Tribunal Supremo.[43] El TDC apreció en ese expediente la existencia, por parte de las cuatro productoras de azúcar presentes en el mercado nacional,[44] de una conducta colusoria consistente en la concertación del precio de venta del azúcar para usos industriales, que se habría producido, con matices para cada una de las empresas sancionadas, desde febrero de 1995 a septiembre de 1996.

En la época en la que se desarrollan estos hechos estaba plenamente vigente el artículo 13.2 de la LDC de 1989, que establecía como requisito de procedibilidad en una demanda de este tipo la firmeza previa de la resolución administrativa declarativa del ilícito competencial del que la demanda de indemnización traía causa.

Tras la sentencia de 2005 de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, que confirma la Resolución del TDC, nueve sociedades dedicadas a la producción de dulces y galletas derivados del azúcar,[45] compradoras directas de azúcar a una de las fabricantes sancionadas por el TDC, ACOR, interponen demanda de reclamación de daños y perjuicios contra esta última.[46] Las demandantes alegan que, como compradoras directas de ACOR, fueron perjudicadas por los actos ilícitos en los que la azucarera incurrió, en tanto que tuvieron que abonar

42. Ver *supra*, nota 14.

43. SAN de 4 de julio de 2002 y STS de 23 de abril de 2005.

44. Ebro Agrícolas, Compañía de Alimentación, Sociedad General Azucarera de España, Sociedad Cooperativa General Agropecuaria (ACOR), Azucareras Reunidas de Jaén.

45. Galletas Gullón, Mazapanes Donaire, Nestlé España, Zahor, Galletas Coral, Productos Alimenticios La Bella Easo, Lacasa, Chocolates del Norte, Bombonera Vallisoletana.

46. Mediante la vía de la acumulación subjetiva de acciones: acumulación de las acciones que un sujeto tenga contra varios o varios contra uno, siempre que entre esas acciones exista un nexo por razón del título o causa de pedir (art. 72 LEC).

sobreprecios por encima de los competitivos, y aportan informe pericial al respecto. ACOR, por su parte, niega el daño sufrido por las demandantes y el nexo causal con su comportamiento colusorio. Defiende ACOR que el sobreprecio fue libremente convenido con las demandantes (y justificado por los costes de elaboración y comercialización del producto) y que los incrementos del precio, en su caso, fueron trasladados por los demandantes a sus clientes. Esta última es la conocida como *passing on defense*, esto es, el infractor invoca la repercusión de los costes excesivos como defensa, sosteniendo que el demandante no sufrió daños indemnizables porque repercutió el incremento de los precios a sus clientes.

El Juzgado de Primera Instancia número 11 de Valladolid, que conoció en primera instancia la demanda, no apreció que existiera nexo causal entre las conductas de ACOR que merecieron sanción administrativa y los daños y perjuicios que las demandantes dicen haber padecido y desestimó la demanda (sentencia de 20 de febrero de 2009). Aunque no necesitaba pronunciarse sobre la posible repercusión del sobrecoste ilegal en los clientes sucesivos, dado que no consideró siquiera acreditado el nexo causal, el Juzgado de Primera Instancia realiza una consideración que merece la pena reseñar sobre a quien debe corresponder la carga de la prueba de la llamada *passing on defense*.[47]

La Audiencia Provincial de Valladolid (sección tercera), en cambio, estimó el recurso de apelación interpuesto por las sociedades productoras de dulces y declaró probada la realidad del daño y su importe. El daño que la Audiencia considera probado consistió en la diferencia entre el precio del azúcar que las demandantes abonaron a ACOR y el que hubiera debido pagarse si ese importe se hubiera fijado en ausencia de la concertación de precios. Respecto de la cuantía del daño, la Audiencia se remite fundamentalmente a un dictamen pericial aportado por la parte actora y no formula, por tanto, un razonamiento propio sobre los criterios tenidos en cuenta en el cálculo de la indemnización.

La sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 8 de junio 2012 viene a confirmar la apelación y declara no haber lugar a los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por ACOR. La argumentación del Tribunal Supremo, pese a su carácter fuertemente procesal, suscita, no obstante, cuestiones relevantes desde la perspectiva del Derecho de la competencia y constituye, junto a la sentencia de 9 de octubre de 2009 de la Audiencia Provincial de Valladolid, un banco de pruebas respecto del asunto de fondo, que no es otro que la aplicación privada del Derecho de la competencia, en el caso de las demandas de responsabilidad por daños.

47. Señala el JPI que, si bien conforme a nuestro sistema procesal, la llamada defensa del *passing on* obligaría a ACOR a demostrar que esa repercusión efectivamente se produjo, ello resulta dudoso porque la regla de funcionamiento normal y elástico de un mercado es que un incremento en los costes de la materia prima supondrá un incremento en el precio final del producto, por lo que el JPI considera que debería trasladarse a las empresas productoras de dulces la carga de acreditar sus afirmaciones sobre que la rigidez de sus relaciones con las grandes superficies les impedía de hecho aumentar los precios.

La sentencia de casación, en consonancia con los motivos de los recursos, descansa fundamentalmente en consideraciones de tipo procesal, relativas a la debida motivación de la sentencia y a la correcta valoración de la prueba.[48] Esencialmente la sentencia de junio de 2012 reitera que el recurso de casación no puede ser utilizado para abrir una tercera instancia a fin de revisar la valoración de prueba realizada por, en este caso, la Audiencia Provincial de Valladolid. Corresponde al Tribunal de instancia valorar la prueba conforme a lo practicados. Y esa valoración del Tribunal de instancia se convierte luego en cuestión de hecho para el órgano de casación. Esa naturaleza meramente fáctica la tiene para el Tribunal Supremo la afirmación del daño resultante de la responsabilidad civil y el nexo causal entre el daño y el comportamiento ilícito, trasladándose así el protagonismo a la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de octubre de 2009. El Alto Tribunal entiende que correspondía a la Audiencia hacer la valoración de la cuestión de hecho, en este caso, la afirmación del daño determinante de la responsabilidad y el nexo causal con el comportamiento ilícito. Considera que esa valoración la realizó el Tribunal de apelación al aceptar como correctas las conclusiones contenidas en el dictamen pericial aportado por las demandantes. La restricción de la autonomía de la voluntad de las fabricantes de dulces la aprecia la Audiencia, correctamente según el criterio del Tribunal Supremo, como consecuencia implícita del carácter colusorio de la conducta de ACOR. Asimismo, señala el Tribunal Supremo que la repercusión del sobreprecio es una mera afirmación de ACOR que no justifica y que las demandantes niegan, alegando la imposibilidad de tal repercusión por distintas razones, motivo por lo cual la Audiencia no declaró probada tal repercusión.

No puede dejar de mencionarse el hecho de que, de forma casi paralela al procedimiento resuelto por la sentencia que acaba de reseñarse, se suscitó un procedimiento análogo o gemelo, originado por una demanda de responsabilidad patrimonial por daños interpuesta por una serie de productores, también de dulces derivados del azúcar (solo algunos coincidentes con los demandantes del otro procedimiento),[49] contra otra de las azucareras sancionadas por el TDC en su resolución de 1999: Ebro Puleva (ahora Ebro Foods).

El caso está actualmente pendiente de sentencia de casación y resulta destacable que, partiendo en principio de un supuesto de hecho casi idéntico, haya tenido un desarrollo opuesto al del procedimiento que hemos comentado hasta ahora. Así, en primera instancia, el Juzgado de Primera Instancia n.º 50 de Madrid, por sentencia de 1 de marzo de 2010, estimó parcialmente la demanda y condenó a Ebro Puleva a indemnizar a los demandantes por un importe reducido a la mitad res-

48. El Alto Tribunal resuelve nueve motivos de recurso extraordinario por infracción procesal y seis motivos de casación, inadmitiendo todos.

49. Nestlé España, Productos del Café, Helados y Postres, Chocolates Hosta Dulcinea, Zahor, Mazapanes Donaire, Lu Biscuit, Chocolates Torras, Arluy, Chocovic, Lacasa, Productos Mauri, DelaViuda Alimentación y Wrigley Co.

pecto de la pretensión originaria de las partes, reducción esta justificada por el Juzgado de Primera Instancia en la ausencia de la práctica de prueba pericial imparcial.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 8), de 3 octubre de 2011, estima el recurso de apelación formulado por Ebro y anula la sentencia de primera instancia, fundamentalmente al admitir como defensa de la fabricante de azúcar la llamada *passing on defense;* a tal efecto, la Audiencia Provincial de Madrid se apoya en un reconocimiento más o menos implícito de los compradores directos relativo al traslado del incremento del coste del azúcar hacia los consumidores finales. A su vez, no se reconoce suficiente valor probatorio al informe pericial aportado por los fabricantes de dulces en sentido contrario.

La primera cuestión polémica derivada de estas recientes sentencias en materia de indemnización de daños y perjuicios derivados de un ilícito competencial resulta obvia, y es el riesgo cierto de que se produzcan sentencias divergentes, ya no entre distintas instancias, sino al más alto nivel. Así, la Audiencia Provincial de Valladolid y luego el Tribunal Supremo consideran no acreditada la *passing-on defense* mientras que la Audiencia Provincial de Madrid en el caso Nestlé y otros vs Ebro Puleva sí admite la excepción de repercusión del sobrecoste en los clientes sucesivos. Si pensamos en el posible resultado del recurso de casación ahora pendiente, parecería que solo si el TS aprecia infracción de las reglas de la carga de la prueba o error en la valoración de la prueba por parte de la Audiencia Provincial de Madrid podría llegarse a reconocer la indemnización de daños y perjuicios a las fabricantes de dulces.

Esa posibilidad de sentencias divergentes se agrava tal vez por el hecho de que en primera instancia estos asuntos los conocen no los juzgados de lo mercantil, relativamente versados en asuntos de Derecho antitrust, y más escasos en número, sino los juzgados de primera instancia, a los que corresponde conocer de demandas de reclamación de daños y perjuicios.

Otra cuestión que ambos procedimientos ponen muy claramente de manifiesto es el papel clave de los informes periciales para determinar la realidad y la extensión del daño sufrido por los demandantes[50] y hasta que estén efectivamente disponibles unas directrices a nivel europeo sobre la materia.[51]

50. Algunas voces han señalado, incluso, la conveniencia de que la resolución de la autoridad de competencia contuviese ya un cálculo de los daños causados por el cártel. ALFARO ÁGUILA-REAL, J. «Contra la armonización positiva: la Propuesta de la Comisión para reforzar el *private enforcement* del Derecho de la Competencia», en *InDret*, 3/2009. Como es sabido, entre las competencias de la CNC está la de dictaminar a solicitud del órgano judicial competente, sobre los criterios para la cuantificación de las indemnizaciones que los autores de las conductas previstas en los artículos 1, 2 y 3 de la LDC deban satisfacer a los denunciantes y a terceros que hubiesen resultado perjudicados como consecuencia de aquellas —art. 25 c), LDC. No obstante, tal competencia tiene que ser interpretada de una forma proporcionada, para evitar que la autoridad de competencia se convierta en una especie de perito experto en estas materias, lo que no se corresponde necesariamente con el interés público que le corresponde tutelar.

51. Ver, *infra*, epígrafe 6.1.

Asimismo, las sentencias vinculadas al cártel del azúcar suscitan la cuestión relativa a los elementos que permitan apreciar la concurrencia de la *passing-on defense*, o excepción de repercusión del sobreprecio en los compradores consecutivos y cómo debe jugar en este campo la carga de la prueba. Como es sabido, el *Libro Blanco* de la Comisión europea sobre acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia señala que la reparación debe ser *completa*, y entre los elementos del daño incluye, por ejemplo, el lucro cesante por una reducción de las ventas. Asimismo, deberían computarse los efectos patrimoniales que derivan de la afectación de la reputación o buen nombre de la empresa: reducción de clientela, de ventas o pérdida de cuota de mercado.

Distintos autores han puesto de manifiesto la imposibilidad de que se traslade *todo* el incremento del coste a los consumidores finales,[52] de forma que no podría tratarse de una defensa completa a la reclamación de indemnización, sino a lo sumo parcial, hasta el importe demostrado de repercusión del sobrecoste en los compradores sucesivos.

Si bien la carestía de casos de *follow-on actions* impide extraer consideraciones conclusivas sobre si su desarrollo se ajusta o no a las expectativas generadas por este tipo de acciones, la limitada experiencia española permite constatar el mismo tipo de cuestiones problemáticas que las instituciones comunitarias y los estudiosos de la materia vienen apuntando desde la aprobación del Reglamento 1/2003.

5. El papel de la CNC como *amicus curiae*

Para garantizar la adecuada coherencia entre los procedimientos civiles y administrativos la normativa ha previsto una serie de medidas de coordinación entre ambas instancias.[53] Como es sabido, el artículo 15.3 del Reglamento (CE) 1/2003, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado, permite a la CNC intervenir ante los órganos jurisdiccionales, sin tener la condición de parte, en los procedimientos en los que resulten de aplicación los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Euro-

52. TUDOR, C. 2012. «La admisión de la defensa *passing-on* en el cártel del azúcar: ensayo crítico sobre la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección n.º 8, asunto 737/07», *en RCD*, n.º 11, págs. 277-291. La autora realiza un análisis crítico sobre la SAP de Madrid de 3 de octubre de 2011: señala que la clave en esta materia radica en el grado de exigencia de la acreditación del daño «( ) cómo se puede facilitar el acceso a la justicia de las víctimas garantizando [ ] que cada una de ellas recibirá en concepto de daños y perjuicios solamente aquella cuantía que efectivamente cubra el daño sufrido, a sabiendas de que exigir a las víctimas acreditar el daño con el mismo grado de certeza que en cualquier otra acción indemnizatoria supondría obstaculizar la aplicación privada del Derecho de la competencia en la medida en la que nunca puede acreditarse con precisión el daño realmente causado por un cártel».

53. Sobre la génesis de tales medidas, ver GONZÁLEZ LÓPEZ, Mª J. «La aplicación privada de las normas de la competencia en España y su regulación en la Ley 15/2007», Actas de derecho industrial y derecho de autor, Tomo 28, 2007-2008, págs. 257-276, especialmente.

pea (TFUE). Asimismo, el artículo 15 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) prevé esta misma intervención como *amicus curiae* ante los órganos judiciales —ya sea mediante la aportación de información o la remisión de observaciones escritas o presentación de observaciones orales, con la venia del tribunal— en cuestiones relativas a la aplicación de los citados artículos 101 y 102 del TFUE y también de sus equivalentes nacionales, los artículos 1 y 2 de la LDC.[54]

Es preciso diferenciar entre informes *amicus curiae* en sentido estricto y otras formas de colaboración de la CNC con los órganos judiciales que son de naturaleza próxima pero diversa. Nos referimos a la competencia consultiva prevista en el artículo 25 c) de la LDC respecto de los criterios para la cuantificación de las indemnizaciones que los responsables de un ilícito competencial deban satisfacer a los perjudicados (valoración de indemnización de daños y perjuicios) y a las solicitudes de información por parte de juzgados y tribunales en el marco del deber general de colaboración que establece la LOPJ (artículo 17).

Desde la entrada en vigor de la Ley 15/2007, la CNC ha recibido un número de solicitudes de información superior al de solicitudes de observaciones *amicus curiae*. Las peticiones de dictamen sobre criterios de indemnización son las menos numerosas, lo cual es consistente con el muy inferior número de demandas de indemnización de daños en la modalidad *follow-on*, donde este tipo de dictámenes podría tener un papel más estratégico, como elemento de contraste a valorar por el órgano judicial competente junto a los informes periciales de parte.

La lejanía de la hasta ahora foránea figura del *amicus curiae* respecto del ordenamiento procesal español puede ser una causa del relativamente escaso recurso a la misma que se produce por parte de los órganos judiciales. No obstante, se observa un incremento paulatino en cada ejercicio del número de solicitudes de intervención, mediante la formulación de observaciones *amicus curiae*, que recibe la CNC.[55] Las solicitudes de jueces y tribunales se refieren a distintas materias y sectores, entre ellas —y junto a los habituales conflictos contractuales entre esta-

54. A estos efectos, los artículos 404 y 461 de la LEC prevén que, en los procesos en que sean de aplicación los artículos mencionados, el secretario judicial dará traslado a la CNC del auto admitiendo la demanda, o del escrito interponiendo el recurso de apelación, mientras que el artículo 212.3 de la LEC establece que las sentencias se comunicarán por el secretario judicial a la CNC.

55. Cabe destacar la intervención de la CNC, en abril de 2011, en el procedimiento suscitado ante el Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Alicante, en el asunto Ryanair Ldt. *versus* Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (AENA). En este procedimiento, y en el marco de la vista oral para el examen de las medidas cautelares, la CNC formuló observaciones orales, lo que supone una novedad, pues hasta la fecha las observaciones de la CNC vienen siendo manifestadas por escrito. Las observaciones de la CNC se refirieron a tres aspectos: la aplicabilidad del derecho de la competencia a la actividad de AENA, los principios de análisis y precedentes significativos respecto a las prácticas de abuso denunciadas y la aplicación de medidas cautelares en expedientes administrativos de competencia. El procedimiento se resolvió por sentencia de 23/06/2012, en la que el Juzgado de lo Mercantil desestima la demanda formulada por Ryanair contra AENA, al considerar que Ryanair no demuestra la concurrencia de ninguna de las conductas que se imputaban a AENA en el contexto de la imposición a Ryanair del uso de pasarelas (*fingers*) en la nueva terminal del aeropuerto de Alicante: a) imposición ilícita de prestaciones no solicitadas ni vinculadas con la prestación solicitada, b) negativa ilícita de realizar la prestación solicitada, c) imposición de precios abusivos y d) práctica discriminatoria respecto de la actora.

ciones de servicio y proveedores de carburantes— pueden destacarse litigios en el ámbito de los derechos de la propiedad intelectual, en relaciones contractuales entre franquiciador y franquiciado, posibles prácticas de abuso de posición de dominio denunciadas por revendedores de servicios de comunicaciones electrónicas y conflictos entre compañías de transporte y agencias de viaje.

Conseguir el asentamiento práctico definitivo de la obligación de dar traslado a la CNC de los autos de admisión a trámite de demandas, recursos[56] y sentencias en materia de defensa de la competencia es un elemento clave para potenciar la utilidad de la figura.

6. Perspectivas de evolución en materia de aplicación privada y cuestiones abiertas

Como hemos visto en los epígrafes precedentes, existe un notable déficit en términos cuantitativos en el ejercicio de acciones de daños basadas en infracciones de las normas de competencia, y la casuística judicial existente en la materia se enmarca en el ejercicio de acciones por parte de aquellas estaciones de servicio que invocan el Derecho de la competencia para cuestionar los vínculos que les unen a las operadoras petrolíferas proveedoras.

A continuación, se exponen algunas de las dificultades más notables con las que puede estar tropezando la aplicación privada de las normas de competencia en España, y que todavía no han sido resueltas. En particular, nos referiremos a tres cuestiones cuya resolución está igualmente pendiente en el ámbito comunitario: la determinación de un modelo de referencia en cuanto a la cuantificación de los daños generados por un ilícito competencial; las regulación de las acciones colectivas, y el acceso a las pruebas de tales daños, en particular, en lo relativo al acceso al expediente en el contexto de programas de clemencia.

6.1. La compleja cuantificación del daño causado

En el marco de las acciones dirigidas al resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por infracciones antitrust, una de las cuestiones más complejas es la de la cuantificación del daño causado. Los demandantes de indemnización de daños y perjuicios deben probar, y el juez deberá considerar acreditado, que el daño causado por la conducta anticoncurrencial se concreta en determinado importe. Esta tarea es extremadamente compleja, y tal complejidad tiene refle-

56. En ese contexto cabe señalar la conveniencia de introducir una previsión similar a la de los actuales artículos 404 y 461 de la LEC para establecer expresamente que se dará traslado a la CNC del escrito de interposición del recurso de casación, en los casos de aplicación de los artículos 101 y 102 del TFUE y los artículos 1 y 2 de la LDC.

jo en la multitud de métodos de cuantificación, cada uno basado parcialmente en distintos planteamientos y técnicas destinados a establecer un escenario de referencia adecuado.[57] La cuantificación del daño vinculado a un ilícito competencial está, por la propia naturaleza compleja de los efectos de la conducta sancionada, sujeta a importantes limitaciones en cuanto a su grado de precisión y certeza. En este tipo de supuestos no suele existir información completa sobre qué habría sucedido en el caso de no haberse producido la conducta ilícita, por lo que una cuantificación exacta de los daños causados por la misma se antoja cuanto menos imposible.[58]

Consciente de tales dificultades, en el *Libro Blanco* la Comisión ya anunció su intención de elaborar un marco referencial, de orientación pragmática y no vinculante, para la cuantificación de los daños y perjuicios derivados de conductas contrarias a las normas de la competencia. En enero de 2010, la Comisión hizo público un informe sobre cuantificación de daños encargado a tal efecto, conocido como Informe Oxera,[59] cuyo objetivo era servir de apoyo a la Comisión en la elaboración de tales Directrices. El Informe Oxera distingue dos fases para la cuantificación de los daños: una primera, en la que se valora la hipotética situación en la que se encontrarían las partes de no haberse producido la infracción (el llamado escenario *counterfactual*), y otra en la que se determina la diferencia entre el escenario real y el escenario *counterfactual* y se formula una valoración final de los daños. El valor de dicho Informe es, naturalmente, orientativo, y su utilidad práctica para los juzgados y tribunales, relativa, por lo que habrá que esperar a que la Comisión Europea efectivamente publique unas directrices sobre la materia antes de poder concluir que los órganos judiciales tienen efectivamente a su disposición criterios verdaderamente útiles para contrastar los informes periciales de valoración del daño causado que les aporten las partes del procedimiento de reclamación de daños y perjuicios.[60]

57. Retortillo Atienza, O. 2011. «Primeros pasos de los tribunales españoles en la aplicación privada del Derecho de la competencia. Especial referencia a la reclamación de daños en los casos de cárteles», en *RCD*, n.º 8, págs. 221 y ss.

58. Delgado, J. y Pérez Asenjo, E. 2011. «Economic Evidence and the quantification of damages in competition cases in Spain», en *Private enforcement of Competition Law*, Lex Nova, págs. 205-213.

59. *Quantifying antitrust damages. Towards non-binding guidance for Courts. Study prepared for the European Commission. Oxera and a multi-jurisdictional team of lawyers led by Dr Assimakis Komninos.* Ver, para un estudio en español del Informe, González García, S. 2010 «Sobre la cuantificación de los daños en el contexto de la aplicación privada del derecho europeo de la competencia: el Informe Oxera», en *RCD*, n.º 7, págs. 427-442.

60. Algunos autores han destacado la necesidad de que la Comisión Europea efectivamente publique unas Directrices para los órganos judiciales nacionales sobre cómo cuantificar los daños. Ver Alfaro, J. y Reher, T. «The European Commission's Journey to a Directive on Damages Actions: One Step Forward– Two Steps Back!», en *Global Competition Review, The European Antitrust Review 2011, EU Private Antitrust Litigation*, pág. 56: «Such guidance should include the acknowledgement of profit-based approaches and should encourage national courts to estimate damages on a reasonable factual basis rather than trying to pin-point the actual losses of the claimant by means of extensive economic analysis».

A día de hoy, el debate sigue abierto: en junio de 2011 la Dirección General de la Competencia de la Comisión Europea lanzó una consulta pública sobre el borrador.[61] El objetivo declarado de dicho documento es ofrecer asistencia a los órganos jurisdiccionales y a las partes implicadas en acciones de daños, dando mayor difusión a la información relevante para la cuantificación del daño causado por las infracciones de la normativa de defensa de la competencia comunitaria.

Como es sabido, a nivel interno no existen normas específicas para el cálculo de las indemnizaciones de daños y perjuicios generados por ilícitos competenciales.[62] La LDC prevé la competencia de la CNC para dictaminar sobre los criterios de cuantificación de las indemnizaciones por infracciones de los artículos 1 a 3 de la LDC, cuando sea requerida al efecto por el órgano judicial competente. Ya hemos visto *supra* que tales solicitudes de dictamen han sido muy escasas hasta la fecha, en coherencia con el pequeño número de *follow-on actions* planteadas.

6.2. La regulación de las acciones colectivas

Una segunda cuestión abierta en materia de aplicación privada se refiere al papel que deban jugar las acciones colectivas, y al debate existente sobre cual deba ser la regulación procesal más apropiada de las mismas. Se trata de un asunto de plena actualidad en la agenda europea, trascendiendo incluso el ámbito de la política de competencia, puesto que se plantea desde una perspectiva más amplia, como medio para mejorar la protección de los intereses y derechos de los consumidores.[63]

En febrero de 2011, la Comisión Europea lanzó una consulta pública sobre la materia, con la finalidad de definir los principios jurídicos comunes sobre el recurso colectivo y contribuir a determinar la manera en que tales principios comunes podrían insertarse en el sistema jurídico de la Unión Europea y en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros.[64]

A juicio de la Comisión, un marco europeo coherente basado en las diferentes tradiciones nacionales sobre la materia contribuiría a reforzar el recurso colectivo (tanto acciones de cesación como de indemnización) en sectores específicos, uno de los cuales, naturalmente, es de la disciplina concurrencial del mercado. La cons-

61. Proyecto de documento orientativo: cuantificación del daño en las acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 o 102 del TFUE.

62. Ortiz Baquero, I. 2011. *La aplicación privada del derecho de la competencia. Los efectos civiles derivados de la infracción de las normas de la libre competencia*, en *Revista de derecho de la competencia y la distribución*, págs. 261 y ss.

63. Leskinen, C. 2011. «Antitrust damages actions: the case for opt-out collective actions in cases involving numerous individual claims of low value». *Private enforcement of Competition Law*, Lex Nova, págs. 287-301.

64. Ver el documento de trabajo de los servicios de la Comisión, de 4 de febrero de 2011: «Consulta Pública *Hacia un planteamiento europeo coherente del recurso colectivo*». La posición del Parlamento Europeo sobre tal iniciativa se recoge en el llamado Informe Lehne, de 12 de enero de 2012.

tatación del escaso uso del instituto de la aplicación privada por particulares y empresas, en su modalidad de reclamación de daños y perjuicios, se vincula a la existencia de una serie de obstáculos, algunos de los cuales, en la interpretación del ejecutivo comunitario, podrían ser resueltos, o al menos atenuados, a través del mecanismo de las acciones colectivas.

No obstante, la complejidad de la cuestión ha hecho que todavía no exista suficiente consenso sobre el modelo a adoptar y, en particular, las reticencias más abiertas se refieren a la inclusión de un sistema de acciones de clase en su modalidad *opt-out*, en nombre de personas sin identificar, de forma que la sentencia desplegaría efectos sobre todos los miembros del grupo, exceptuando a aquellos que se hubieran excluido expresamente de la demanda. La mayoría de los Estados miembros, tal y como quedó de manifiesto en la consulta pública llevada a cabo por la Comisión Europea, son reacios a introducir un modelo *opt-out*. Además de chocar con previsiones expresas de varias constituciones nacionales, se cuestiona la propia corrección de la figura a la luz del artículo 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos.[65] [66]

Las dudas sobre las posibilidades de importación del modelo *opt-out* no olvidan, no obstante, que el modelo *opt-in*, en el que la acción colectiva solo puede ser interpuesta en nombre de los miembros identificados del grupo que hayan decidido expresamente unirse a la acción, presenta dificultades prácticas evidentes. Así, además del problema de identificación de todos los miembros potenciales del grupo, existe el riesgo de que, para los casos de demandas de escaso valor individualizado, el grupo definitivo sea muy pequeño, demasiado pequeño como para que compense el ejercicio de la acción.[67]

En España, la regulación de las acciones colectivas, y en concreto de las acciones de clase, se residencia en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), la cual no instituye un proceso o procedimiento especial y específico para estos casos, sino que incorpora una serie de especialidades a lo largo de las distintas fases del procedimiento judicial, desde la admisión a trámite de la demanda hasta la ejecución de la sentencia.[68] Pese a la trascendencia de la materia, la regulación

65. Sobre tales reservas constitucionales, ver el Informe Lehne.

66. Ver Andreangeli, A. 2012. «Collective Redress in EU Competition Law: An Open Question with Many Possible Solutions», en *World Competition*, vol. 35, n.º 3, págs. 529-558, sobre el papel de la figura de las demandas colectivas (*collective redress*) como instrumento para potenciar el acceso a la justicia de aquellos afectados por daños generalizados, y donde cuestiona que el documento de consulta de la Comisión, de febrero de 2011, excluya expresamente las *opt-out class actions*, con el objetivo declarado de limitar el riesgo de reclamaciones abusivas.

67. Ver Leskinen, C. 2011. «Antitrust damages actions: the case for opt-out collective actions in cases involving numerous individual claims of low value». *Private enforcement of Competition Law*, Lex Nova, págs. 287-301. Asimismo, Perdiguero, J. y Borrell, J.R. 2007. «La difícil conducción de la competencia por el sector de las gasolinas en España», en *Economía Industrial*, n.º 365, pág. 124, ponen como ejemplo de la dificultad de que los consumidores puedan resarcirse de los daños y perjuicios que los acuerdos restrictivos de la competencia les puedan haber ocasionado, precisamente el mercado de la gasolina español.

68. Ferreres Comella, A. «Las acciones de clase (*Class Actions*) en la Ley de Enjuiciamiento Civil», en *Actualidad Jurídica Uría y Menéndez*, 11-2005, págs. 38-48.

procesal es escasa, contenida fundamentalmente en los artículos 7, 11, 15, 221 y 519 de la LEC.

Tal como regula el artículo 11 de la LEC, se reconoce legitimación a las asociaciones de consumidores para reclamar daños y perjuicios causados a consumidores y usuarios, con independencia de que estos sean o no miembros de la asociación, y de su carácter determinado o determinable o bien «indeterminado o de difícil determinación». Pese a tal reconocimiento, el problema que deriva de las previsiones de la LEC en la materia es que su aplicación se restringe a la protección de los intereses de consumidores y usuarios, sin abarcar a colectivos distintos como asociaciones de productores o distribuidores a los que, al menos en lo que respecta al ejercicio de acciones resarcitorias, no cabría aplicar tal previsión.[69]

En el marco de esta regulación, las posibilidades de que se planteen acciones colectivas de daños y perjuicios por infracciones del Derecho de la competencia son reducidas; el recurso habitual a este tipo de acciones muy probablemente pasa por una reforma de la normativa procesal en la que de forma nítida se regule el estatuto de las acciones de grupo. Pese a la indudable complejidad de esta reforma, no cabe duda de que los beneficios de la disponibilidad efectiva de este tipo de acciones son muchos, fundamentalmente en cuanto a la reducción de costes de litigación y facilitación de la carga probatoria de los reclamantes, dos incentivos esenciales a la hora de activar este tipo de demandas.

6.3. Obtención de pruebas: el caso singular del acceso al expediente en supuestos de clemencia

Otro de los grandes problemas que presenta el ejercicio de las acciones de indemnizaciones de daños por infracciones de la competencia es la obtención de pruebas para acreditar la pretensión de los demandantes, tanto la infracción, especialmente cuando se trate de acciones *stand-alone*, como el daño causado, su nexo causal con el ilícito competencial y su cuantificación. Tales pruebas estarán normalmente en la esfera de control del infractor, lo que debilita especialmente la posición procesal de los reclamantes de indemnización.

Si bien la LDC prevé distintos mecanismos de cooperación entre la CNC y los órganos jurisdiccionales, como son las solicitudes de información, la presentación de observaciones y la emisión de dictámenes sobre la cuantificación de los daños —mecanismos que es posible activar tanto en acciones independientes como en acciones *follow-on*—, no cabe duda de que para los particulares dañados será más sencillo esperar el pronunciamiento del órgano administrativo especializado, con importan-

69. Herrero Suárez, C. 2008. «La aplicación privada del Derecho de la competencia europeo. El *Libro Blanco* en materia de acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia», en *RCD*, n.º 3, págs. 103 y ss.

tes potestades de investigación, que acudir directamente al órgano judicial, puesto que las posibilidades que brinda la LEC en materia de prueba son limitadas.

A su vez, un aspecto particular en materia de acceso a las pruebas, que resulta ser además uno de los más controvertidos, se refiere al acceso por un tercero a la información obtenida a través de programas de clemencia.[70]

A nivel europeo, la Comisión tradicionalmente ha venido manteniendo una postura restrictiva al acceso, destacando la importancia del mantenimiento de la confidencialidad como piedra angular del sistema de clemencia. La propia figura de la clemencia responde a la constatación realista de que, dada la evidente dificultad de detectar e investigar un cártel sin la asistencia de empresas o personas involucradas en el mismo, redunda en el interés general recompensar a las personas implicadas en este tipo de prácticas gravemente ilícitas que se decidan a poner fin a su participación y cooperen en la investigación llevada a cabo por la autoridad administrativa competente.[71] El trato diferenciado que se pretende respecto del acceso a esta específica información es justificado por la Comisión Europea en el hecho de que la divulgación de las declaraciones de clemencia en los procedimientos civiles de daños y perjuicios podría disuadir a los solicitantes de clemencia de colaborar con la autoridad de competencia.

Frente a la postura que potencia la protección del modelo de clemencia frente a otros intereses, el Defensor del Pueblo Europeo[72] ha tratado de matizar que, si bien en determinadas circunstancias puede ser necesario para la protección del interés público mantener la confidencialidad de la información recabada en el marco de los programas de clemencia, esto no significa que el acceso a dicha información esté *per se* vedado al tercero demandante de daños.

Hasta la fecha, el hito fundamental en la materia lo ha constituido la sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de julio de 2011, en el conocido como caso *Pfleiderer*[73], en la que se resuelve la cuestión prejudicial planteada por un órgano judicial alemán (*Amtsgericht Bonn*) sobre la posibilidad de acceso por terceros, para el ejercicio de acciones de reclamación de daños y perjuicios, a la documentación e informaciones, aportadas por los solicitantes de clemencia a las autoridades de competencia. El TJUE ha afirmado que:

> Las disposiciones del Derecho de la Unión en materia de cárteles, en particular, el Reglamento (CE) n.º 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de

70. Suderow, J. 2011. «Access to Evidence in European Commission Proceedings and the Limits established by its Leniency Programmes». *Private enforcement of Competition Law*, Lex Nova, págs.521-535.

71. Cauffman, C. 2011. «Access to Leniency-Related Documents after Pfleiderer», en *World Competition*, 34, n.º 4, págs. 597-614.

72. Ver Alfaro, J. y Reher, T. «The European Commission's Journey to a Directive on Damages Actions: One Step Forward–Two Steps Back!», en *Global Competition Review, The European Antitrust Review 2011, EU Private Antitrust Litigation*, pág. 55.

73. Caso C-360/09, *Pfleiderer AG v Bundeskartellamt*.

2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia establecidas en los artículos 101 TFUE y 102 TFUE, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a que una persona perjudicada por una infracción del Derecho de la competencia, y que pretende obtener una indemnización de daños y perjuicios, acceda a los documentos de un procedimiento de clemencia referidos al autor de dicha infracción. No obstante, corresponde a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, con arreglo a su Derecho nacional, determinar las condiciones en que puede autorizarse o denegarse el acceso, ponderando los intereses protegidos por el Derecho de la Unión.[74]

El Tribunal de Justicia, pese a reconocer que un agente económico implicado en un caso de vulneración del Derecho de la competencia, ante la posibilidad de que se produzca esa comunicación de documentos a un reclamante de daños, se vería disuadido de la posibilidad ofrecida por los programas de clemencia, señala que es jurisprudencia reiterada que cualquier persona está legitimada para solicitar la reparación del daño sufrido cuando exista una relación de causalidad entre dicho daño y el comportamiento que puede restringir o falsear el juego de la competencia. Por tanto, el TJUE reitera en este contexto la doctrina del efecto útil y el efecto equivalente, en el sentido de que al examinar una solicitud de acceso a los documentos vinculados a un programa de clemencia, formulada por un sujeto que pretenda obtener una indemnización de daños y perjuicios, es necesario velar porque la regulación nacional aplicable no sea menos favorable que la referente a recursos semejantes de naturaleza interna, ni haga imposible en la práctica o excesivamente difícil obtener dicha reparación, así como ponderar los intereses que justifican la comunicación de la información, por un lado, y la protección de la misma, por otro. Esa ponderación, a juicio del Tribunal de Justicia, debe hacerse por los órganos jurisdiccionales nacionales caso por caso, en el ámbito del Derecho nacional y tomando en consideración todos los elementos pertinentes del caso concreto.

En el caso *Pfleiderer*, el Tribunal de Bonn, tras el pronunciamiento del TJUE, confirmó la decisión de la autoridad de competencia alemana, que había denegado el acceso a los documentos del programa de clemencia. El tribunal nacional valoró que, en el caso concreto, la amenaza para la detección y efectiva persecución de infracciones del Derecho de la competencia justificaban la denegación de las solicitudes de acceso a tales documentos.

El TJUE va a tener la oportunidad de pronunciarse de nuevo sobre esta materia en el marco de la cuestión prejudicial C-536/11 *Donau Chemie*, planteada en

74. En este extremo, el TJUE se separa del parecer del Abogado General Mazák. Ver ORDÓÑEZ SOLÍS, D. 2012. «La acción de indemnización en la aplicación judicial privada del Derecho europeo de la competencia», en *Noticias de la Unión Europea*, n.º 330 (ejemplar dedicado a Derecho de la competencia), págs. 14-15.

diciembre de 2011 por un tribunal austríaco. Su objeto es determinar si se opone al Derecho comunitario una disposición nacional relativa a cárteles que supedita la concesión del acceso a expedientes de este tipo a terceros, que no sean parte en el procedimiento y que pretendan preparar una demanda por daños y perjuicios contra los integrantes del cártel, al consentimiento de todas las partes del procedimiento, sin admitir que el órgano jurisdiccional, caso por caso, pondere los intereses protegidos por el Derecho de la Unión para establecer las condiciones en que debe autorizarse o no el acceso al expediente.

La jurisprudencia comunitaria sobre esta cuestión puede influir en la interpretación que deba hacerse de la actual redacción del párrafo segundo del artículo 15 bis de la LEC, introducido por la Disposición Adicional Segunda de la LDC, que preceptúa sin matices que «la aportación de información no alcanzará a los datos o documentos obtenidos en el ámbito de las circunstancias de aplicación de la exención o reducción del importe de las multas previstas en los artículos 65 y 66 de la Ley de Defensa de la Competencia.»

Con respecto a la postura que están adoptando el resto de autoridades nacionales de competencia, la *European Competition Network*, que reúne a las autoridades de competencia europeas, ha hecho pública su Resolución de 23 de mayo de 2012, en la que se pone de manifiesto la tensión entre la necesidad de que se produzca una compensación efectiva de los daños generados por los cárteles y el eficaz funcionamiento de los programas de clemencia. El documento finalmente aboga por que «leniency materials should be protected against disclosure to the extent necessary to ensure the effectiveness of leniency programmes».[75]

7. Conclusiones

El análisis de la experiencia acumulada hasta la fecha en materia de aplicación privada permite constatar que el recurso a la misma por parte de los perjudicados por prácticas contrarias a la libre competencia ha sido muy escaso. Si se hace abstracción de los conflictos vinculados a contratos de distribución de carburantes, el número de casos de *private enforcement* suscitados en España es casi anecdótico. Frente a tal realidad caben dos posibles reacciones:

Puede hacerse un esfuerzo de identificación de los obstáculos que, pese al reconocimiento normativo de esta posibilidad, deben ser salvados por los afectados por un ilícito antitrust para lograr tal declaración de ilicitud y para hacer efectivo su derecho a la reparación del daño patrimonial causado. Como se ha tratado de exponer en este trabajo, tales obstáculos son relativamente numerosos, de diferen-

75. Resolution of the Meeting of Heads of the European Competition Authorities of 23 May 2012- Protection of leniency material in the context of civil damages actions (disponible en la página web de la DG Competencia).

te naturaleza y existe tanto consenso en su identificación como en el reconocimiento de la complejidad que exige abordarlos.

O bien podemos entender que aspectos tales como la dificultad de cuantificación del daño, la regulación de las acciones colectivas o las tensiones derivadas de los diversos intereses vinculados a la protección por un lado y al derecho al acceso, por otro, de la prueba, son elementos relativamente secundarios que solo en parte explican el escaso recurso a la aplicación privada del Derecho de la competencia. Los procedimientos judiciales vinculados a los contratos de suministro de gasolineras pueden constituir un ejemplo significativo de que los efectos anhelados sobre la competencia en ese sector tal vez solo puedan derivarse de la acción pública o, al menos, de una más perfecta interacción entre ambos tipos de *enforcement*.

Esta segunda interpretación justificaría poner el foco en otros elementos vinculados más al modelo de Derecho de la competencia que consideramos que mejor pueda desarrollar los objetivos que inspiran al Derecho antitrust. Desde esa perspectiva cabe defender que un ajustado desarrollo de la aplicación privada descansa necesariamente en un previo desenvolvimiento completo del *public enforcement*, de forma que la consecución de un funcionamiento correcto de la actuación pública destinada a la disuasión y persecución de las prácticas contrarias a la libre competencia será la mejor garantía para que la aplicación privada disponga de un ámbito de desarrollo apropiado y suficiente.

Referencias bibliográficas

ALFARO ÁGUILA-REAL, J. 2009. «Contra la armonización positiva: la Propuesta de la Comisión para reforzar el *private enforcement* del Derecho de la Competencia», en *InDret*, 3/2009.

ALFARO, J. y REHER, T. 2011. «The European Commission's Journey to a Directive on Damages Actions: One Step Forward–Two Steps Back!», en *Global Competition Review, The European Antitrust Review 2011, EU Private Antitrust Litigation*, págs. 53-57.

ALFARO, J. y REHER, T. 2011. «Towards the Directive on Private Enforcement of EC Competition Law: Is the Time Ripe?», en *Global Competition Review, The European Antitrust Review 2011, EU Private Antitrust Litigation*, págs. 43-46.

ANDREANGELI, A. 2012. «Collective Redress in EU Competition Law: An Open Question with Many Possible Solutions», en *World Competition*, vol. 35, n.º 3, págs. 529-558.

CASTRO-VILLACAÑAS PÉREZ, D. 2004. «La aplicación privada del Derecho de competencia y los nuevos juzgados de lo mercantil», *en Boletín económico de ICE, Información Comercial Española*, n.º 2818, págs. 3-14.

CAUFFMAN, C. 2011. «Access to Leniency-Related Documents after Pfleiderer», *World Competition*, 34, n.º 4, págs. 597-614.

De Félix Parrondo, E. 2009. «Problemática de la fijación de precios en los contratos entre operadores petrolíferos y estaciones de servicio», en *RCD*, n.º 4, págs. 197-209.

Delgado, J. y Pérez Asenjo, E. 2011. «Economic Evidence and the quantification of damages in competition cases in Spain». *Private enforcement of Competition Law.* Lex Nova, págs. 205- 213.

Díez Estella, F. 2009. «A vueltas con la fijación de precios en la distribución de carburantes (Comentario al auto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, de 3 de septiembre de 2009, Asunto C-506/07)», en *Diario La Ley,* n.º 7306.

Díez-Picazo Giménez, I. 2008. «Sobre algunas dificultades para la llamada "aplicación privada" de las normas de competencia en España», en *1989-2007: Una reflexión sobre la política de defensa de la competencia,* págs. 53-74.

Ferreres Comella, A. 2005. «Las acciones de clase (*Class Actions*) en la Ley de Enjuiciamiento Civil», en *Actualidad Jurídica Uría y Menéndez,* 11-2005, págs. 38-48.

González López, Mª J. 2008. «La aplicación privada de las normas de la competencia en España y su regulación en la Ley 15/2007», en *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, Tomo 28, 2007-2008, págs. 257-276.

González García, S. 2010. «Sobre la cuantificación de los daños en el contexto de la aplicación privada del derecho europeo de la competencia: el Informe Oxera», en *RCD*, n.º 7, págs. 427-442.

Guerra Fernández, A. 2006. «La aplicación privada de las normas españolas de competencia: mecanismos para mejorar la interacción entre las actuaciones administrativas y las acciones civiles en el marco de la reforma de la Ley», en *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia,* n.º 243, págs. 18-34.

Herrero Suárez, C. 2008. «La aplicación privada del Derecho de la competencia europeo: El *Libro Blanco* en materia de acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia», en *RCD*, n.º 3, págs. 103-117.

Herrero Suárez, C. 2011. «Imposiciones a los distribuidores: determinación del precio de venta al público», en Viera González y Echevarría Sáenz (dirs.). *Distribución comercial y derecho de la competencia,* págs. 363-377.

Lande, R.H. 2011. «Beneficios potenciales de la aplicación privada del Derecho de competencia», en *RCD*, n.º 9, págs. 15-32.

Leskinen, C. 2011. «Antitrust damages actions: the case for opt-out collective actions in cases involving numerous individual claims of low value», en *Private enforcement of Competition Law*, Lex Nova, págs. 287-301.

Lorente Hurtado, F. 2006.«Restricciones verticales en la distribución de combustibles petrolíferos. La cuestión de la agencia», en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 14-2006, págs. 29-44.

MARTÍNEZ ROSADO, J. 2009. «Distribución de carburantes a través de estaciones de servicio y Derecho de la competencia: ¿Una problemática sin fin o el fin de una problemática?», en *RCD*, n.º 5, págs. 153-188.

ORDÓÑEZ SOLÍS, D. 2012. «La acción de indemnización en la aplicación judicial privada del Derecho europeo de la competencia, *Noticias de la Unión Europea*, n.º 330» (ejemplar dedicado a Derecho de la competencia), págs. 3-16.

ORTIZ BAQUERO, I. 2011. *La aplicación privada del derecho de la competencia. Los efectos civiles derivados de la infracción de las normas de la libre competencia, en Revista de derecho de la competencia y la distribución.*

PERDIGUERO J. y BORREL J. R. 2007. «La difícil conducción de la competencia por el sector de las gasolinas en España», en *Economía Industrial*, n.º 365, pág. 113-125.

RETORTILLO ATIENZA, O. 2011. «Primeros pasos de los tribunales españoles en la aplicación privada del Derecho de la competencia. Especial referencia a la reclamación de daños en los casos de cárteles», en *RCD*, n.º 8, págs. 221-232.

RUIZ DE ANGULO GÓMEZ, E.; BAYO ÁLVAREZ, R. y COSTAS COMESAÑA, J. 2011. «Las experiencias nacionales en la aplicación privada del Derecho de la competencia: España», en VELASCO SAN PEDRO; ALONSO; ECHEBARRÍA; HERRERO; GUTIÉRREZ GILSANZ (dirs.). *La aplicación privada del derecho de la competencia*, Lex Nova, Valladolid, págs. 137-147.

SANCHO GARGALLO, I. «Ejercicio privado de las acciones basadas en el derecho comunitario y nacional de la competencia», en *Indret*, 1/2009

SANTOS LORENZO, S. y TURNER-KERR, P. 2006. «¿En estado de total subdesarrollo? La aplicación privada de las normas de defensa de la competencia en España», en *Gaceta Jurídica*, septiembre-octubre de 2006, págs.42-56.

STAKHEYEVA, H. 2012. «Removing Obstacles to a More Effective Private Enforcement of Competition Law», en *European Competition Law Review*, 9, págs. 398-405.

SUDEROW, J. 2011. «Access to Evidence in European Commission Proceedings and the Limits established by its Leniency Programmes», en *Private enforcement of Competition Law*, Lex Nova, págs.521-535.

TUDOR, C. 2012. «La admisión de la defensa *passing-on* en el cártel del azúcar: ensayo crítico sobre la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección n.º 8, asunto 737/07», en *RCD*, n.º 11, págs. 277-291.

INFORME LEHNE: *Hacia un planteamiento europeo coherente del recurso colectivo, 12 de enero de 2012.*

Resolution of the Meeting of Heads of the European Competition Authorities, de 23 de mayo de 2012. Protection of leniency material in the context of civil damages actions.

OFFICE OF FAIR TRADING, *Private Actions in Competition Law: a consultation on options for reform. The OFT'S Response to the Government's consultation July 2012.*

LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 3 DE LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA ¿LA REACTIVACIÓN DEL ILÍCITO?

SUSANA CABRERA ZARAGOZA
ALBERTO ESCUDERO PUENTE
Abogados en Garrigues

1. Introducción

La calificación de los actos desleales como una infracción de defensa de la competencia ha sido tradicionalmente controvertida. Ello se ha reflejado en la propia delimitación del tipo legal que ha sufrido distintas modificaciones desde su concepción, llegando incluso a plantearse su desaparición en el *Libro Blanco para la reforma del sistema español de defensa de la competencia,* que revisó el sistema de defensa de la competencia vigente con la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (la antigua LDC).[1] Sin embargo, para sorpresa de muchos, se mantuvo este ilícito en la actual redacción de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), tipificando en su artículo 3, aquellos actos desleales que por falsear la libre competencia afecten al interés público.

No han sido tampoco numerosos los precedentes en los que, el Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC), primero, y la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), después, han apreciado la existencia de una infracción de la normativa de competencia derivada de una conducta desleal. En realidad, se limitan a una veintena. Aproximadamente en la mitad de los asuntos no se impuso multa o su importe fue reducido, siendo anuladas en sede contencioso-administrativa las cuatro resoluciones, de las que resultaron las más elevadas sanciones. Sin embargo, en los últimos meses la CNC ha vuelto a valerse del artículo 3 de la LDC para imponer

1. http://www.cncompetencia.es/Inicio/ConocerlaCNC/Publicaciones/tabid/188/Default.aspx?pag=2.

sanciones a Gas Natural,[2] Iberdrola[3] y Endesa,[4] todas ellas de elevada cuantía (2,6; 10,6 y 5,4 millones de euros, respectivamente).

Este artículo ofrece una panorámica del artículo 3 de la LDC de cara a examinar si este precepto está teniendo un predicamento mayor que sus antecesores, y en su caso, anticipar si resulta probable una aplicación más intensa en el futuro. A estos efectos, se analizarán primeramente las sucesivas redacciones de este ilícito para, a continuación, examinar su configuración actual y los requisitos para su aplicación. Seguidamente, se estudiará cual ha sido la práctica del TDC y en mayor medida, de la CNC, junto con su revisión judicial para finalmente hacer una reflexión sobre si se justifica el mantenimiento de este ilícito en la LDC.

2. Las sucesivas redacciones del tipo de infracción de defensa de la competencia por acto desleal

El origen del artículo 3 de la LDC se sitúa en el también artículo 3 de la Ley 110/1963, de 20 de julio, sobre la Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia (Ley 110/1963). Inicialmente, este precepto no se configuró como un tipo autónomo, debiendo únicamente tenerse en cuenta la práctica desleal si esta formaba parte de un acuerdo o práctica concertada o se llevaba a cabo por una empresa en posición de dominio.[5]

La antigua LDC modificaría sustancialmente esta cuestión pasando a tipificarse los actos desleales en el artículo 7 de manera independiente de las restantes conductas prohibidas y sin necesidad de que el acto desleal derivara de un acuerdo restrictivo o partiera de una empresa en posición de dominio. El nuevo precepto, en una redacción muy similar a la actual, otorgaría competencia al TDC para conocer de los actos de competencia desleal «que por falsear de manera sensible la libre competencia, en todo o en parte del mercado nacional, afectan al interés público».

No obstante, tras la aprobación de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (LCD), se consideró conveniente modificar *ex* Ley 52/1999, de 28 de diciembre, de reforma de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (Ley 52/1999) la redacción del artículo 7 al objeto de clarificar —al menos, así lo recogía la Exposición de motivos— que la prohibición solo operaría cuando la distorsión de la competencia fuese grave, dejando a los tribunales ordinarios el conocimiento y enjuiciamiento de conductas desleales de otro tipo. Con

2. Resolución de la CNC de 29 de julio de 2011 en el asunto S/0184/09–Gas Natural.
3. Resolución de la CNC de 24 de febrero de 2012 en el asunto S/0213/10–Iberdrola Sur.
4. Resolución de la CNC de 11 de junio de 2012 en el asunto S/0304/10–Endesa.
5. El artículo 3 de la Ley 110/1963 establecía que: «En particular quedan prohibidas las prácticas concertadas o abusivas que, incluidas en los artículos anteriores, consistan en: d) desarrollar una política comercial que tienda por competencia desleal a la eliminación de los competidores.»

la nueva redacción, el TDC conocería de los actos desleales siempre que concurrieran las siguientes circunstancias «a) Que ese acto de competencia desleal distorsione gravemente las condiciones de competencia en el mercado. b) Que esa grave distorsión afecte al interés público».

El balance de los varios años de aplicación del artículo 7 de la antigua LDC recogido en el *Libro Blanco para la reforma del sistema español de defensa de la competencia* fue poco elogioso.[6] La reforma motivó también un intenso debate sobre si convenía eliminar este ilícito en la nueva ley.[7] Ese precepto era señalado como una de las «debilidades» del marco regulatorio entonces vigente por su «deficiente definición». De ahí que se planteasen dudas sobre su mantenimiento, a la vista de su escasa aplicación y su posible protección mediante otras normas u órganos, permitiendo de esta manera a las autoridades de defensa de la competencia centrar sus recursos en las prácticas restrictivas más graves. Otras voces abogaban, sin embargo, por el mantenimiento del precepto[8] —siempre que se clarificara su contenido— por ser un tipo adecuado para la represión de determinadas conductas anticompetitivas que no tenían encaje en los entonces artículos 1 y 2 de la antigua LDC. Algunos indicaron que podría además completarse añadiendo, a título de ejemplo, algunos comportamientos unilaterales que resultan prohibidos aunque el que los realice no tenga posición dominante, como el boicot, la explotación de la situación de dependencia económica o el precio predatorio.[9]

Se proponía por tanto, bien eliminar el artículo 7 de la antigua LDC, bien aclarar su redacción, aconsejándose en caso de mantenimiento eliminar cualquier duda con respecto a que la afectación grave de la competencia implica la afectación del interés público.

Finalmente, a pesar de que la mayor parte de las opiniones vertidas sobre este precepto abogaban por su desaparición, se mantuvo en el nuevo texto legal la prohibición del falseamiento de la competencia por conductas desleales, esta vez en el artículo 3 de la LDC,[10] sin que se presentase ninguna enmienda en el Con-

6. El apartado 104 del *Libro Blanco* disponía que:

> i) En la mayoría de los casos se han desestimado los recursos contra acuerdos de archivo o sobreseimiento del Servicio por considerar que no concurren las tres circunstancias exigidas para que una conducta desleal pueda ser constitutiva de una infracción del artículo 7 de la LDC. ii) En pocas ocasiones se ha declarado una infracción del artículo 7 y, en su caso, se ha impuesto una multa. iii) En alguna ocasión el TDC ha analizado el acto supuestamente desleal como un posible abuso de la posición de dominio.

7. Comentarios al *Libro Blanco para la reforma del sistema español de defensa de la competencia.* http://www.cncompetencia.es/Inicio/ConocerlaCNC/Publicaciones/ComentariosalLibroBlanco/tabid/189/Default.aspx

8. Ver por ejemplo, en este sentido, Díez Estella, F. 2005. «¿Réquiem por el artículo 7 de la Ley de Defensa de la Competencia?», en *Diario La Ley*, Año XXVI, n.º 6373. Lunes, 5 de diciembre de 2005, págs.1 y ss.

9. Ver, en este sentido, los comentarios de la Asociación Española para la Defensa de la Competencia al *Libro Blanco para la reforma del sistema español de defensa de la competencia.* http://www.aedc.es/wp-content/uploads/2012/05/Comentarios_al_Anteproyecto_LCCNMC_AEDC.pdf.

10. La Exposición de motivos de la LDC señala escuetamente al respecto:

> En cuanto a los tipos de infracción, se mantiene la prohibición de los acuerdos entre empresas y del abuso de posición de dominio así como del falseamiento de la libre competencia por actos desleales, aclarándose la redacción de este último tipo. Sin embargo, se elimina la referencia específica al abuso

greso de los Diputados, ni posteriormente en el Senado, aprobándose el texto propuesto sin mayor debate.

El texto definitivamente aprobado del artículo 3 de la LDC prevé que:

> La Comisión Nacional de la Competencia o los órganos competentes de las Comunidades Autónomas conocerán en los términos que la presente Ley establece para las conductas prohibidas, de los actos de competencia desleal que por falsear la libre competencia afecten al interés público.

Frente a la redacción del artículo 7 de la antigua LDC, se incluye una mención a la competencia de los organismos autonómicos para su aplicación y se omite la mención expresa a que el falseamiento de la competencia sea *sensible o grave.*[11] No obstante, como se verá más adelante, la CNC ha continuado exigiendo que el falseamiento de la competencia sea significativo, pues de otra manera no existirá afectación al interés público y, por tanto, no se darán los requisitos de aplicación del ilícito.

3. Los requisitos para la aplicación del artículo 3 de la LDC

El artículo 3 de la LDC se configura, como se ha indicado anteriormente, como un tipo dotado de autonomía respecto de las restantes prácticas prohibidas tipificadas en los artículos 1 y 2 de la LDC. Las consecuencias de la vulneración de este precepto se contemplan igualmente en la propia LDC de manera independiente, mereciendo la calificación de infracción grave.

No es por tanto preciso para su aplicación que exista un acuerdo entre empresas, como exige el artículo 1 de la LDC, o una posición dominante, como requiere el artículo 2 de la LDC presentando este precepto sus propios requisitos de aplicación. Así, se ha pronunciado nuestro Tribunal Supremo al afirmar, precisamente, que un acto de competencia desleal llevado a cabo por una empresa en posición dominante no constituye por sí mismo un abuso de posición de dominio, no pudiendo tampoco calificarse como abusivo un comportamiento desleal reali-

---

de dependencia económica, que ya se encuentra regulado en la Ley 3/1991, de Competencia Desleal (http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/l3-1991.html), y puede, por tanto, incardinarse en el falseamiento de la libre competencia por actos desleales.

11. Esta modificación se derivaría como acertadamente expone la doctrina más autorizada de:

> la contradicción que resultaba de exigir, por una parte, que el falseamiento de la competencia tuviera una trascendencia significativa (que es, como se ha recordado, el sentido que tuvo en la práctica la exigencia de que el falseamiento de la competencia fuera sensible o su distorsión grave) y requerir, por otra parte, que ese falseamiento adicionalmente afectara al interés público, como si el falseamiento que tiene ese alcance no comportara por sí mismo una afectación del interés público.

MASSAGUER, J. 2010. «Artículo 3. Falseamiento de la libre competencia por actos desleales», en *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia.* Civitas (2.ª ed.). Madrid, págs. 213 y ss.

zado por una empresa en posición de dominio si no se cumplen los restantes requisitos de aplicación del artículo 3 de la LDC.[12]

En definitiva, el artículo 3 de la LDC requiere para su aplicación de la concurrencia de una serie de elementos que no pueden obviarse por la mera presencia de los requisitos que conforman el tipo de los artículos 1 y 2 de la LDC, sin que ello impida, en su caso, la aplicación conjunta del artículo 3 de la LDC con los artículos 1 y/o 2 de la LDC.

¿Y cuáles son estos elementos? La práctica del TDC ha sido errática, en particular tras la reforma operada por la Ley 52/1999. No obstante, parece desprenderse de la mayoría de los precedentes de aplicación del artículo 7 de la antigua LDC,[13] que tres eran los requisitos cuya concurrencia era necesaria para la aplicación del ilícito: i) la existencia de un acto de competencia desleal; ii) el falseamiento sensible o grave de la libre competencia; y iii) la afectación del interés público. Así se confirmaba también en el propio *Libro Blanco para la reforma del sistema español de defensa de la competencia*.[14] Ciertamente, la metodología empleada por el extinto TDC no resulta homogénea y en muchas ocasiones se ha venido efectuando por la autoridad de competencia un análisis conjunto del requisito de falseamiento de la libre competencia y de la afectación del interés público.[15]

Tras la nueva redacción del artículo 3 de la LDC, y debido a su tenor literal, se ha planteado si el falseamiento de la competencia y la afectación al interés público han de considerarse un único elemento del tipo. Las resoluciones de la CNC en aplicación del artículo 3 de la LDC no ofrecen una respuesta uniforme. En la mayor parte de ellas, el Consejo de la CNC parece en efecto, referirse a una aplicación unitaria del concepto de falseamiento de la competencia y de la afectación del interés público[16] señalándose incluso en varios precedentes de manera explícita, que la infracción del artículo 3 de la LDC requiere «la concurrencia en la conducta de dos condiciones: la existencia de un acto de competencia desleal de acuerdo con la Ley 3/1991 de Competencia Desleal y la afectación del interés público».[17] Sin

12. Sentencia del TS de 20 de junio de 2006 *Retevisión / Telefónica*.

13. Ver, por ejemplo, las resoluciones del Consejo de la CNC, de 28 de enero de 2009 en el asunto 2659/05–Rotores; del TDC de 26 de febrero de 2004 en el asunto 560/03–Grupo Freixenet; y del TDC de 7 de febrero de 2003 en el asunto 536/02–IFCC/Correos.

14. La concurrencia de los tres requisitos se reconoce en el párrafo 104 del *Libro Blanco para la reforma del sistema español de defensa de la competencia*.

15. Ver por ejemplo la Resolución de 21 de febrero de 2006 en el asunto r 675/05–Bas/Mapfre.

16. Ver, en este sentido, la Resolución de 29 de mayo de 2009 en el asunto SA/CAN/0002/08–Electrodomésticos Canarias donde se indica «para que la CNC resuelva sobre si un acto de competencia desleal incurre en una conducta prohibida por la LDC, debe cumplirse el requisito que el mismo artículo 3 establece, que no es otro que el que exista afectación del interés público provocado por el acto desleal». Ver en este mismo sentido la Resolución de 10 de noviembre de 2009 en el asunto S/0160/09–Venta de Aceite de Grandes Superficies. Uno de los ejemplos más recientes de análisis conjunto lo encontramos en la Resolución de la CNC, de 29 de julio de 2011, en el asunto S/0184/09–Gas Natural.

17. Resolución de la CNC de 20 de febrero de 2012 en el asunto S/0310/10–Balearia, aunque posteriormente en la misma resolución parece reconocer igualmente como requisito independiente el falseamiento de la libre competencia cuando afirma que:

embargo, en alguna otra resolución y, en concreto, en dos de las más recientes, en los asuntos Iberdrola Sur[18] y Endesa,[19] la CNC parece volver a la metodología originaria, analizando de manera separada, el requisito de falseamiento de la libre competencia de la afectación del interés público.

A nuestro entender, si bien el falseamiento de la competencia y la afectación al interés público son dos conceptos íntimamente relacionados, se trata en definitiva de nociones distintas e independientes cuya concurrencia habría de demostrarse para confirmar la existencia de una infracción. No hay que olvidar que la única diferencia entre la redacción del artículo 3 de la LDC y el artículo 7 de la antigua LDC —en su redacción originaria— es la desaparición del adjetivo que cualifica la intensidad del falseamiento de la competencia necesario para que se produzca una afectación del interés público, sin que ello debiera suponer una modificación de los elementos del tipo y, por tanto, la reducción de los requisitos a examinar a la hora de determinar si existe una infracción del precepto o una modificación en la sistemática que se vino siguiendo por el TDC antes de la aplicación del nuevo artículo.

Cuestión distinta es que desde una perspectiva metodológica se analice primeramente, si la conducta examinada falsea la competencia o afecta al interés público, de manera que si tras ese análisis no se aprecian indicios de que la conducta sea apta para falsear la competencia efectiva, no se efectúa una calificación jurídica desde la óptica de la competencia desleal. Esta sistemática a la que el propio Consejo se refiere en sus resoluciones como «doctrina consolidada», confirmada además por los tribunales,[20] particularmente consistente[21] tras la entrada en vigor de la LDC,[22] hasta el punto que en un asunto en el que se examinó en primer lugar por la Dirección de Investigación si una determinada conducta constituía un acto de competencia desleal, el Consejo en sus Fundamentos de Derecho, se mostró disconforme por no haberse aplicado la metodología adecuada.[23]

---

el análisis de la concurrencia del presupuesto de la afectación al interés público, teniendo para ello en cuenta el contexto jurídico y económico afectado por la conducta, debe preceder al de la apreciación de la aptitud de la misma para falsear la competencia efectiva, puesto que en ausencia de dicho presupuesto, que es el que habilita a la autoridad de competencia para sancionar actos de competencia desleal, la calificación jurídica de la conducta en virtud de la normativa contra la competencia desleal carece de relevancia jurídica a efectos de la Ley de Defensa de la Competencia.

Del mismo tenor literal es la Resolución de la CNC de 15 de diciembre de 2011 en el asunto S/ 0350/11 —Asistencia en carretera.

18. Resolución de la CNC de 24 de febrero de 2012 en el asunto S/0213/10–Iberdrola Sur.
19. Resolución de la CNC de 11 de junio de 2012 en el asunto S/0304/10–Endesa.
20. Ver, entre otras, la Sentencia de la AN de 11 de septiembre de 2008, recurso n.º 488/2006 FD 4º.
21. Con alguna excepción como la Resolución de 11 de julio de 2011 en el asunto S/313/11–Federación Cines.
22. Ver inter alia la Resolución de 11 de marzo de 2008 en el asunto S/0041/08–Tu billete o la Resolución de 2 de diciembre de 2010 en el asunto S/0265/10–Cofradía de Pescadores Sant Pere de l'Ametlla.
23. Así se indica en la Resolución de la CNC de 15 de diciembre de 2011 en el asunto S/0350/11–Asistencia en carretera:

A continuación se examinan con mayor detalle los tres elementos necesarios para la aplicación del artículo 3 de la LDC y, por tanto, para que la CNC pueda actuar contra actos desleales.

3.1. Existencia de un ilícito desleal

En lo que respecta al juicio de deslealtad del acto, las autoridades de defensa de la competencia han venido señalando[24] que los actos de competencia desleal deben ser evaluados con arreglo a la legislación general en esta materia, es decir, la propia LCD,[25] sin que sea necesario un pronunciamiento previo por parte del órgano jurisdiccional.

El Consejo no comparte esta metodología de análisis de la concurrencia de los presupuestos de aplicación del art. 3 de la LDC, pues es contraria a su reiterada doctrina. La aplicación de la Ley de Competencia Desleal corresponde a los tribunales de justicia y la autoridad de competencia solo está facultada para realizar el reproche de deslealtad competitiva cuando a la conducta enjuiciada, dado el contexto jurídico y económico en el que se produce, resulta apta para restringir la competencia efectiva en el mercado, que es el interés público tutelado por la LDC. En consecuencia, ante una denuncia de infracción del artículo3 de la LDC, el órgano de instrucción debe analizar, antes que nada, la concurrencia del presupuesto de la afectación al interés público, teniendo para ello en cuenta factores como la naturaleza de la conducta, la estructura del mercado, el bien o servicio afectado, etc.; es decir, el contexto jurídico y económico afectado, de suerte que si tras este análisis no se aprecian indicios de que la conducta sea apta para falsear la competencia efectiva, no solo resulta superfluo que se realice una calificación jurídica de la conducta desde la óptica del Derecho contra la competencia desleal, sino que tal calificación carece de toda relevancia jurídica en la medida en que no concurre el presupuesto que habilita a la Autoridad de Competencia para sancionar actos de competencia desleal.

24. Salvo algunas excepciones mencionadas en las primeras resoluciones, tales como las resoluciones del TDC de 30 de diciembre de 1991 en el asunto 295/91–Bombas Cobalto, y de 8 de julio de 1992 en el asunto 294/91–Aceites, donde se consideró igualmente que la deslealtad podría también derivarse de los artículos 7 y 1902 del Código Civil y en otras normas.

25. Así, por ejemplo, la Resolución del TDC de 3 de abril de 2001 en el asunto R435/00–Propiedad Inmobiliaria Toledo, se señaló que:

> el artículo 7 de la Ley de Defensa de la Competencia es una norma en blanco, es decir, un precepto incompleto que contiene un reenvío normativo expreso a la ley de Competencia Desleal, de tal manera que en la redacción del artículo 7 vigente al tiempo de tener lugar los hechos denunciados, el tipo de la conducta sancionable queda integrado por los elementos que recoge el propio artículo, es decir, que como consecuencia de la conducta se produzca un falseamiento sensible de la libre competencia en todo o parte del territorio nacional y una afectación del interés público y, además, por la incorporación de los elementos normativos de carácter descriptivo que contienen los artículos 5 a 17 de la Ley de Competencia Desleal. De esta manera, puesto que para que pueda sancionarse conforme al artículo 7 de la LDC una conducta determinada es presupuesto indispensable el que la misma se encuentre tipificada en alguno de los preceptos mencionados de la Ley 3/1991.

En este mismo sentido se pronuncian las más recientes resoluciones de la CNC, como por ejemplo, la Resolución de 10 de noviembre de 2009 en el asunto S/0160/09—Venta de Aceite de Grandes Superficies. El propio Tribunal Supremo en su Sentencia de 8 de marzo de 2002 (n.º recurso 8088/1997) confirma esta cuestión, al señala que:

> Las exigencias de seguridad jurídica en la interpretación de normas cuya vulneración lleva aparejada sanciones administrativas (principio de certeza en la configuración de los tipos) nos conduce a adoptar un criterio de apreciación más restrictivo del que pudiera deducirse, a primera vista, de la mera lectura del precepto: partimos, por tanto, de que la expresión «actos de competencia desleal» utilizada por el artículo 7 de la Ley 16/1989 no tiene una significación autónoma, sino que remite a las conductas empresariales específicamente catalogadas como desleales en las leyes correspondientes.

Desde un plano teórico, la literalidad del artículo 3 de la LDC no impide que cualquier tipo de acto desleal pueda ser considerado como una infracción de la LDC, incluyendo los actos reputados como desleales en aplicación de la cláusula general del artículo 4.1 de la LCD.[26]

Sin embargo, la práctica decisional del TDC y de la CNC sobre los artículos 7 de la antigua LDC y 3 de la LDC pone de relieve que determinadas conductas desleales disponen, con carácter general, de una mayor aptitud para configurar una infracción de este precepto por ser susceptibles de afectar más directamente a la estructura del mercado, siempre, lógicamente, que concurran los restantes requisitos. Así, la mayor parte de las infracciones de los artículos 3 de la LDC y 7 de la antigua LDC corresponden a actos desleales i) de denigración y engaño; y ii) de violación de normas.

3.2. Afectación al interés público por falseamiento de la libre competencia

El artículo 3 de la LDC no prohíbe cualquier acto desleal, sino solo aquellos que «por falsear la libre competencia afecten al interés público». Se establece así un umbral de intervención de la autoridad de competencia frente a los actos desleales de manera que solo, y en la medida en que la conducta en cuestión falsee la competencia ,y como consecuencia de ese falseamiento, se afecte al interés público, estaría justificada la aplicación de la LDC.[27]

Ello se debe a que aun cuando la LCD —según reza su Exposición de motivos- deja de concebirse como un ordenamiento primariamente dirigido a resolver los conflictos entre los competidores para convertirse en un instrumento de ordenación y control de las conductas en el mercado, lo cierto es que la LCD tiene por objeto «la protección de la competencia en interés de todos los que participan en el mercado» (artículo 1 de la LCD). La inclusión del término *todos* es reveladora y, tal y como se indica en la Exposición de motivos, pretende un triple objetivo: la protección de «el interés privado de los empresarios, el interés colectivo de los consumidores y el

26. Ver en este sentido la Resolución del TDC de 8 de julio de 1992 en el asunto 294/91 calificándose las conductas como desleales cuando aún no estaba vigente la LCD con arreglo al artículo 87 de la Ley 52/1988 de Marcas, que tipificaba como desleal todo acto contrario a las normas de corrección y buenos usos mercantiles, considerando igualmente la aplicación del artículo 7.2 del CC. Y así lo reconoce, por otra parte, el Tribunal Supremo en su Sentencia de 8 de marzo de 2002, *ibid.*.

27. Si el falseamiento no resulta suficiente, por ejemplo, porque solo se ven afectados los intereses privados de las partes, estas siempre podrán demandar al autor del acto desleal ante los tribunales. La Resolución del Consejo de la CNC de 28 de enero de 2009 en el asunto 2659/05—*Rotores* señaló así que «las partes vinculantes por dicho contrato de distribución no exclusiva tienen abierta la posibilidad de acudir ante el orden jurisdiccional civil y dirimir allí sus controversias.» La Resolución de la CNC de 10 de febrero de 2012 en el asunto S/0364/11—*Wirquin Calaf-FSC* descarta que la conducta analizada supere este umbral de afectación al interés público por falseamiento de la libre competencia dado que «limitaría su afectación a la esfera de los intereses privados de las partes, sin que en la misma se aprecien indicios que pueda afectar a la competencia (...) no aprecia en los hechos denunciados la afectación al interés público necesaria para la aplicación del artículo 3 de la LDC».

propio interés público del Estado al mantenimiento de un orden concurrencial debidamente saneado.»[28]

A diferencia de la LCD, la LDC sirve al interés público. Y ese interés público no es otro que la defensa de la competencia. Así se contempla en su Exposición de motivos, que señala que: «la presente Ley responde a ese objetivo específico: garantizar la existencia de una competencia suficiente y protegerla frente a todo ataque contrario al interés público, siendo asimismo compatible con las demás leyes que regulan el mercado conforme a otras exigencias jurídicas y económicas, de orden público o privado».

Por otro lado, la existencia de una competencia efectiva constituye uno de los elementos definitorios de la economía de mercado, disciplina la actuación de las empresas y reasigna los recursos productivos en favor de los operadores o las técnicas más eficientes, redundando lógicamente en beneficios para el consumidor. El interés colectivo de los consumidores es, por tanto, igualmente digno de tutela en la LDC en la medida en que la eficiencia productiva «se traslada al consumidor en la forma de menores precios o de un aumento de la cantidad ofrecida de los productos, de su variedad y calidad, con el consiguiente incremento del bienestar del conjunto de la sociedad».

No se menciona, sin embargo, el interés privado de los empresarios en la Exposición de motivos de la LDC, teniendo estos acogida de forma secundaria en este texto legal en tanto en cuanto coincidan con el objetivo de la misma[29] o se vean directamente afectados por actuaciones que a la vez lesionan el interés general.[30]

28. Añadiendo:

> Por lo que se refiere al principio de los planos mencionados, la Ley introduce un cambio radical en la concepción tradicional del Derecho de la competencia desleal. Este deja de concebirse como un ordenamiento primariamente dirigido a resolver los conflictos entre los competidores, para convertirse en un instrumento de ordenación y control de las conductas en el mercado. La institución de la competencia pasa a ser así el objeto directo de protección. (...) Esta nueva orientación de la disciplina trae consigo una apertura de la misma hacia la tutela de intereses que tradicionalmente habían escapado a la atención del legislador mercantil. La nueva Ley, en efecto, se hace portadora no solo de los intereses privados de los empresarios en conflicto, sino también de los intereses colectivos del consumo. Esta ampliación y reordenación de los intereses protegidos está presente a lo largo de todos los preceptos de la Ley. Particularmente ilustrativo resulta el artículo 19, que atribuye legitimación activa para el ejercicio de las acciones derivadas de la competencia desleal a los consumidores (individual y colectivamente considerados). (...) De acuerdo con la finalidad de la Ley, que en definitiva se cifra en el mantenimiento de mercados altamente transparentes y competitivos, la redacción de los preceptos anteriormente citados ha estado presidida por la permanente preocupación de evitar que prácticas concurrenciales incómodas para los competidores puedan ser calificadas, simplemente por ello, de desleales. En este sentido, se ha tratado de hacer tipificaciones muy restrictivas, que en algunas ocasiones, más que dirigirse a incriminar una determinada práctica, tienden a liberalizarla o por lo menos a zanjar posibles dudas acerca de su deslealtad.

29. Resolución del TDC de 8 de septiembre de 2006 en el asunto R 693/06–Correduría de Seguros.

30. Ver en este sentido Alonso Soto, R. «El interés público en la defensa de la competencia», en Martínez Lage y Petitbò. 2005. *La modernización del Derecho de la Competencia en España y en la Unión Europea.* Fundación Rafael del Pino, Ed. Marcial Pons, Madrid, págs. 31-46, cuando afirma que los intereses particulares:

> son también dignos de tutela y han de ser considerados de modo especial a la hora de establecer un marco regulador de la competencia en el mercado. Es más, podría decirse que existe un interés público en que dichos intereses sean protegidos incluso en el ámbito del Derecho de la competencia. En efecto, la protección de los intereses de los particulares en este ámbito se articula a través de dos diferentes vías: de un lado, mediante unas normas que establecen la nulidad de los acuerdos o decisiones anticompetitivas y la

En definitiva, y dicho sea de forma genérica, la LCD serviría, eso sí, desde la perspectiva unitaria del fenómeno concurrencial, a tres intereses heterogéneos i) el interés privado de los empresarios, ii) el interés colectivo de los consumidores, y iii) el interés público de la defensa de la competencia.

Los intereses privados solo tienen sin embargo acogida en la LDC de forma indirecta o secundaria. No todos los actos desleales son por tanto perseguibles por la LDC, sino solo aquellos que tenga transcendencia significativa en el correcto funcionamiento de los mecanismos del mercado en régimen de libre competencia, quedando los conflictos derivados de actos desleales puramente privados protegidos por la LCD.[31]

Así lo reconoce la CNC, que en varias de sus resoluciones, señala:

El legislador afirma en el apartado I de la Exposición de Motivos de la vigente LDC, que esta Ley tiene por objeto «proteger la competencia efectiva de mercados», por tanto, esta lucha competitiva permite «garantizar el buen funcionamiento de los procesos del mercado», en beneficio del «bienestar del conjunto de la sociedad». Por ello, cabe entender que solo caen bajo el ámbito de alguna de las tres cláusulas generales de prohibición que establece la LDC las conductas que son aptas para causar daño (relevante ex artículo 5 de la LDC) a ese bien jurídico tutelado, pues como ya afirmó el legislador de la vieja Ley 110/1963, en esas tres prohibiciones de la LDC «late la idea común a todos los aspectos de la técnica del orden público: la definición en razón a la finalidad prohibida, dicho en otros términos, prohibición de un resultado económicamente dañoso para la Comunidad, y protección al interés de los consumidores, ratio última de la Ley».[32]

A continuación, se hace referencia con mayor detalle a ambos elementos: el falseamiento de la libre competencia y la afectación del interés público.

3.2.1. Falseamiento de la libre competencia

Como se ha indicado, la declaración de infracción *ex* artículo 3 de la LDC se vincula a que el acto desleal falsee la competencia y, en consecuencia, afecte al interés

---

obligación de resarcir los perjuicios causados a los afectados, pretensiones que, sin embargo, habrán de hacerse valer ante la jurisdicción civil ordinaria, y ,de otro, mediante las normas que, en el marco de los procedimientos administrativos de aplicación de la legislación de defensa de la competencia, establecen la personación y la audiencia de terceros interesados (...).

31. Ver por ejemplo en este sentido la Resolución CNC de 3 de abril de 2008 en el asunto S/0049/08–Lidl Supermercados, donde se archivó por la CNC una denuncia de infracción del artículo 3 de la LDC por venta a pérdida dado que «La exigencia de que se produzca un falseamiento sensible de la libre competencia se funda en que el artículo 3 de la LDC no tiene por objeto reprimir cualquier tipo de deslealtad, ni proteger, directamente, los intereses de los competidores perjudicados, pues esta es la finalidad de la Ley de Competencia Desleal». En el mismo sentido, ver la reciente Resolución de la CNC de 20 de febrero de 2012 en el asunto S/0310/10–Balearia.

32. Resolución de 11 de marzo de 2008 en el asunto S/0041/08–Tu billete.

público, que no es otro que el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado.[33]

El juicio de afectación al interés público se realiza mediante una cualificación de los efectos del acto desleal, reputándose como tales los que tengan entidad suficiente para causar una grave perturbación del mercado. Si bien se ha eliminado de la redacción del artículo 3 de la LDC que la conducta desleal haya de ocasionar una «distorsión grave» tal y como se especificaba en el artículo 7 de la antigua LDC tras la modificación operada por la Ley 52/1999, esta supresión no tenía por objeto una modificación de los elementos del tipo. Como explica la Exposición de motivos de la LDC, se perseguía únicamente clarificar su redacción.

En efecto, el artículo 3 de la LDC introduce, por un lado, a los órganos de las Comunidades Autónomas como órganos competentes para conocer de las conductas susceptibles de vulnerar este precepto y, por otro lado, señala que estos órganos o la CNC conocerán «de los actos de competencia desleal que por falsear la competencia afecten al interés público». Es decir, solo los actos de competencia desleal que afecten al interés público, por falsear la competencia están tipificados. Y estos son, lógicamente, aquellos que producen un falseamiento significativo o grave.

La clarificación en la redacción se produce por exigir el artículo 7 de la antigua LDC (tras la modificación de la Ley 52/1999, que se efectuó también para aclarar la anterior redacción, aunque con poco éxito) la concurrencia de circunstancias redundantes, como eran: que el acto de competencia desleal distorsionara gravemente las condiciones de competencia en el mercado y a la vez, que esa grave distorsión afectara al interés público. De la lectura del precepto se infería, por tanto, que no toda afectación grave de la competencia conllevaba directamente una afectación al interés público.

En la actual redacción se aclara esta cuestión, al incluirse en el tipo solo aquellos actos de competencia desleal que por falsear la competencia *afecten*[34] al interés público, es decir, solo los que supongan un falseamiento significativo, pues

33. Así lo interpreta la propia CNC:

> El artículo 3 de la LDC faculta a la CNC para perseguir y sancionar las conductas de competencia desleal que, por ser aptas para falsear de forma significativa (artículo 5 de la LDC) la libre competencia, afecten al interés público tutelado por la Ley, esto es, a la competencia efectiva en tanto que institución que garantiza el buen funcionamiento de los procesos del mercado (Exposición de Motivos de la LDC).

Resolución del Consejo de la CNC de 30 de junio de 2010 en el asunto S/0140/09–Vodafone.

34. Contrario a esta tesis se muestra MONTAÑA, M. en sus *Comentarios al artículo 3 LDC* en ODRIOZOLA, M. 2008. *Derecho Español de la Competencia.* Comentarios a la Ley 15/2007, Real Decreto 261/2008 y Ley 1/2002. Bosch, Barcelona, al indicar que:

> no parece que puedan existir actos de competencia desleal que falseen la libre competencia y que no afecten al interés público, pues la ordenación y el control de las conductas en el mercado son insitas al interés público. Tal como se destacó en la Exposición de Motivos de la Ley 3/1991, «la institución de la competencia pasa a ser así el objeto directo de la protección». Así las cosas, la hipótesis que parece asumir la redacción del artículo 3 (que puedan existir actos de competencia desleal que falseen la libre competencia pero no afecten al interés público) al utilizar el término «afecten» en lugar de «afectan», como se hacía en la redacción original del artículo 7, se nos antoja como una hipótesis imposible (...).

de otro modo, el interés público no se verá afectado. Ello está, por otro lado, en línea con lo previsto en el artículo 5 de la LDC, precepto que fue igualmente introducido tras la reforma de la Ley 16/1989 y que excluye de las prohibiciones recogidas en los artículos 1 a 3 de la LDC «aquellas conductas que, por su escasa importancia, no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia».[35]

La vinculación a la afectación al interés público impone también que solo puedan perseguirse los actos de competencia desleal que falseen *gravemente* la libre competencia. En definitiva, la configuración del precepto supone a nuestro entender, que no todo acto desleal merezca un reproche desde la normativa de competencia; es más, solo aquellos actos desleales que falseen sensiblemente la competencia y por tanto, afecten al interés público podrán motivar la actuación de la autoridad de competencia, quedando la persecución de aquellas actuaciones desleales que solo trasciendan la esfera privada, reservada a los órganos jurisdiccionales. Y así lo ha venido entendiendo la CNC desde las primeras resoluciones en aplicación del artículo 3 de la LDC.[36]

Cuestión distinta es en qué circunstancias ha entendido la autoridad de competencia la existencia de un falseamiento de competencia suficientemente significativo. A continuación se enumeran algunos de los parámetros que se han venido empleando por el TDC y la CNC a la hora de evaluar si el acto desleal falsea la libre competencia, atendiendo a criterios cuantitativos y cualitativos.

Estos parámetros son i) la entidad de la empresa que realiza el acto desleal; ii) el grado de competencia en el mercado en cuestión; y iii) la duración de la conducta; o iv) las propias características del acto desleal.

3.2.1.1. Entidad de empresa que realiza el acto desleal

El poder de mercado constituye, lógicamente, un parámetro relevante en la aplicación de la normativa de defensa de la competencia. Por ello, cuanto mayor sea el poder de mercado del operador que comete el acto desleal[37] será más probable que el falseamiento resulte significativo. Y al contrario, si el operador tiene escasa presencia en el mercado, sus eventuales actos desleales tendrán una menor capacidad para influir en la estructura del mercado.[38]

35. Estos criterios se concretan en los artículos 1 a 3 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia.

36. Ver, por ejemplo, la Resolución de 11 de marzo de 2008 en el asunto S/0041/08–Tu billete, Resolución de 3 de abril de 2008 en el asunto S/0049/08–LIDL Supermercados y la Resolución del Consejo de la CNC de 28 de julio de 2009 en el asunto S/0151/09–La Sexta.

37. Resoluciones de la CNC de 29 de julio de 2011 en el asunto S/0184/09–Gas Natural y de 15 de diciembre de 2011 en el asunto S/0350/11–Asistencia en carretera.

38. La Resolución de la CNC de 11 de marzo de 2008 en el asunto S/0041/08–Tu Billete, consideró que la conducta realizada por un operador de escasa importancia en el mercado relevante no superaba el umbral de falseamiento necesario. En ese caso, se trataba de un operador local en un mercado de ámbito nacional que presentaba un enorme crecimiento en los últimos años. Ver igualmente en este sentido la Resolución de 9 de febrero de 2009 en el asunto S/0101/08–World Premium Rates/Opera.

Así, tras un análisis del mercado relevante —ciertamente en muchos de los precedentes de manera somera— una cuota de mercado de aproximadamente el 2%[39] o del 4%[40] se ha considerado demasiado reducida como para poder falsear la competencia en el sentido requerido por el artículo 3 de la LDC. Cuotas algo más elevadas del 18% también han servido para excluir el falseamiento.[41] Por el contrario, una cuota del 70% en el mercado relevante ha contribuido a considerar la existencia de falseamiento de competencia por tener el acto desleal un mayor impacto.[42]

3.2.1.2. Grado de competencia en el mercado en cuestión

El falseamiento de la competencia es más probable cuanto mayor sea el grado de concentración del mercado y menor cuanto más atomizado se encuentre. Por tanto, si en el mercado hay viva competencia, cabe la posibilidad de que se excluya el falseamiento.[43] A estos efectos, el hecho de que el mercado esté en expansión y se incorporen nuevos entrantes, constituye un indicio de un elevado grado de competencia.[44]

3.2.1.3. Duración de la conducta

La probabilidad de falseamiento de la competencia será menor si el impacto de la conducta en cuestión es reducido en el tiempo[45] o si la conducta es esporádica.[46]

3.2.1.4. Naturaleza y características del acto desleal

En lo referente a las características del acto desleal, la autoridad de competencia ha tenido en consideración fundamentalmente elementos objetivos para determinar la aptitud de la conducta para falsear la competencia.

39. Resolución del TDC de 7 de junio de 1999 en el asunto 357/99–Makro.

40. Resolución del Consejo de la CNC de 28 de enero de 2009 en el asunto 2659/05–Rotores.

41. Resolución del TDC de 21 de febrero de 2006 en el asunto R 675/05–BAS/Mapfre, donde también se hizo referencia a otros elementos tales como el elevado número de empresas presentes en el mercado y la ausencia de barreras de entrada.

42. Resolución de la CNC de 29 de julio de 2011 en el asunto S/0184/09–Gas Natural.

43. Ver la Resolución del TDC de 21 de febrero de 2006 en el asunto R 675/05–BAS/Mapfre y la Resolución de la CNC de 1 de octubre de 2012 en el asunto S/0399/12–Grupo Gallardo.

44. Resolución de 11 de marzo de 2008 en el asunto S/0041/08–Tu Billete, donde se menciona que «el mercado de los servicios on-line prestados por las agencias de viajes ha crecido enormemente y donde operan una pluralidad de agencias y cuyo mercado geográfico es de ámbito nacional, de forma que en ningún caso podría concluirse que hay una afectación sensible de la competencia ni, por tanto, del interés público». En este mismo sentido, la Resolución de la CNC de 3 de abril de 2008 en el asunto S/0049/08–Lidl Supermercados o la Resolución de la CNC de 30 de junio de 2010 en el asunto S/0140/09–Vodafone, donde señala que el mercado relevante se caracterizaba por su crecimiento y la presencia de un significativo número de operadores que habían accedido en los últimos años justificando entre otras cuestiones, la inexistencia de infracción del artículo 3 de la LDC.

45. La Resolución del Consejo de la CNC de 28 de julio de 2009 en el asunto S/0151/09–La Sexta analizó unas referencias que se realizaban desde La Sexta a Telecinco en el programa *Sé lo que hicisteis*. Al tener una duración muy limitada en el tiempo, a saber, 15 minutos al día en relación con las 24 horas de programación de La Sexta, no se consideraron susceptibles de falsear la competencia.

46. Resolución de 2 de enero de 2008 en el asunto R710/06 Castellana Subastas Holding. Ver igualmente la Resolución de 28 de noviembre de 2011 en el asunto S/0370/11 Apple.

No obstante, en algunas resoluciones se aprecia una cierta atención a elementos subjetivos, tales como la intención de eliminar a un competidor del mercado[47] o la manifestación de la intención de crear un monopolio en beneficio propio.[48] Se ha tenido especialmente en cuenta esta intención cuando se trata de eliminar a competidores que introducen elementos que favorecen la concurrencia entre distintos operadores económicos.[49]

En cuanto a los elementos objetivos, la autoridad de competencia ha venido empleando criterios tanto cuantitativos como cualitativos.

Entre los primeros, se ha considerado acreditado por ejemplo, un falseamiento relevante porque los productos objeto de la conducta desleal constituían el 14% del total del mercado en el periodo en que la empresa en cuestión cometió la infracción.[50] En cambio, en alguna otra resolución se ha entendido que el falseamiento no era significativo por suponer los productos afectados por la conducta desleal tan solo un 10%[51] o un 11%[52] del mercado relevante.

Dentro de esta categoría de criterios cuantitativos puede igualmente encuadrarse el examen de los medios empleados para llevar a cabo el acto desleal, que puede redundar en un mayor o menor impacto de la medida. El falseamiento de la competencia tendrá mayor entidad cuanto más amplia sea la difusión del acto desleal.[53]

47. En la Resolución del TDC de 9 de marzo de 2001 en el asunto 485/00–Agentes Propiedad Murcia se destacó la intención de expulsar del mercado a otros agentes para hacerse con sus actividades, en clara afectación del interés público. Ver igualmente, la Resolución de 10 de noviembre de 2009 en el asunto S/0160/09 Venta de Aceite de Grandes Superficies.

48. Resolución del TDC de 7 de abril de 2003 en el asunto 535/02–Eléctrica Eriste.

49. Resolución del TDC de 28 de julio de 1998 en el asunto 405/97–Expertos Inmobiliarios 2.

50. Resolución del TDC de 26 de febrero de 2004 en el asunto 560/03–Grupo Freixenet. Las 19.932.669 botellas de vino espumoso puestas a la venta por Freixenet como cava sin cumplir los requisitos de fermentación establecidos por la normativa para ser considerado como tal suponían el 14% del total de botellas de cava vendidas en el periodo en que la empresa cometió la infracción (años 1995 y 1996), una cuota que fue considerada suficiente para falsear la competencia.

51. Resolución de la CNC de 2 de enero de 2008 en el asunto R 710/06–Castellana Subastas Holding. Esta resolución examina una práctica llevada a cabo en el mercado de subastas denominada precio de reserva, señalando que «El criterio de afectación significativa no se cumpliría en tanto en cuanto los lotes afectados por precio de reserva son muy pocos, menos del 10%, y si la alteración no resulta sensible, difícilmente puede haber afectación del interés público». La Sentencia de la AN de 9 de diciembre de 2009 confirmó esta resolución, sosteniendo que la afectación al interés general del artículo 7 de la antigua LDC requiere una «deslealtad cualificada» es decir, una afectación significativa de las condiciones de competencia del mercado que pueda afectar al interés público, lo que no ocurría en este caso dada la limitada parte de los lotes de ventas que se veía afectada por la práctica desleal de engaño.

52. Resolución de la CNC de 28 de enero de 2009 en el asunto 2659/05–Rotores.

53. Resolución de la CNC de 7 de junio de 2012 en el asunto SA/MAD/08/11–Midelton & Collins donde se denuncia la publicidad semanal desde octubre de 2007 de una empresa de venta de alfombras por cierre con descuentos de hasta el 83%. La CNC considera que no cabe deducir que los hechos denunciados, supuestamente llevados a cabo por un único comercio que opera en un mercado minorista pueda tener capacidad para alterar las condiciones de competencia y afectar al interés público. Ver igualmente la Resolución de la CNC de 29 de julio de 2011 en el asunto S/0184/09, donde Gas Natural destaca que la carta enviada con contenido desleal se remitió masivamente a más de 5 millones de clientes. La Resolución del TDC de 30 de abril de 2002 en el asunto 519/01–Asociación ETI/Colegios APIS analiza un anuncio publicado por el Colegio de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de Madrid en el periódico *ABC*. Dado que el TDC lo consideró de gran tirada (383.000 ejemplares) el acto se calificó a continuación idóneo para distorsionar gravemente la competencia. No obstante, esta resolución fue anulada parcialmente por la sentencia del TS de 1 de julio de

Desde una perspectiva cualitativa, la CNC ha señalado la existencia de falseamiento de la competencia si existe una amenaza para el mismo funcionamiento del mercado conforme a criterios competitivos. Este es, por ejemplo, el caso, si como consecuencia de la conducta desleal, se pudiera expulsar del mercado a algún competidor, reduciendo en ese caso, el rango de posibilidades de elección.[54] No habrá, sin embargo, falseamiento cuando no quepa atribuir a la conducta cambios en los parámetros comerciales (calidad, cantidad o precio) de los productos afectados.[55]

3.2.2. Afectación al interés público

El concepto de afectación al interés público está estrechamente relacionado con el falseamiento de la competencia y es consecuencia del mismo. Como se ha expuesto anteriormente, existe afectación al interés público porque se produce

---

2008 (n.º recurso 6663/2005) por ausencia de culpabilidad. Por otra parte, en la Resolución de la CNC de 24 de mayo de 2011 en el asunto A/284/10–Distribución BIAR se valora como el envío cartas dirigidas a 6 consumidores, no puede afectar al interés público, con independencia de que pueda probarse la existencia de un acto de competencia desleal. En la Resolución de 3 de abril de 2008 en el asunto S/0049/08–Lidl Supermercados se valoró el hecho de que las conductas analizadas se hubiesen llevado a cabo en 69 supermercados de Lidl, mientras que en todo el territorio nacional existen 19.004, no considerándose por tanto acreditada la existencia de falseamiento. En este mismo sentido, ver la Resolución de 18 de diciembre de 1992 en el asunto 314/92, donde se valoró la difusión de un anuncio con contenido desleal en seis ocasiones en una radio de ámbito local que era precisamente el ámbito geográfico donde se desarrollaba la actividad de las empresas. Resulta interesante la Resolución del TDC de 9 de febrero de 1998 en el asunto 368/95–Veterinarios Ambulantes, que declaró la comisión de una infracción del art.ículo7 de la antigua LDC porque se dio publicidad durante 3 días en una pastelería sita en Pozuelo de Alarcón a un escrito con contenido denigratorio sobre una empresa de asistencia veterinaria, al considerarse que la conducta había perturbado sensiblemente el mercado. Sin embargo, la sentencia de la AN de 29 de enero de 2003 (n.º recurso 761/1998) anuló esta resolución por entender que la conducta descrita no era susceptible de causar una alteración sensible de la libertad de mercado, por la escasa ascendencia sobre la población del punto elegido para la emisión del mensaje denigratorio y la ambigüedad del mismo.

54. La Resolución del TDC de 7 de abril de 2003 en el asunto 535/02–Eléctrica Eriste sancionó al Ayuntamiento de Benasque por una infracción de la Ley de Ordenación del Sistema Eléctrico Nacional, que le otorgó una ventaja competitiva obtenida deslealmente. El TDC entendió que: «El hecho de que la entidad denunciada se haya beneficiado de sus privilegios como Administración Pública y de la ventaja que le reporta el incumplimiento de la normativa legal para desplazar a su único competidor, produce una distorsión suficientemente grave por su gran incidencia en dicho mercado como para entender que está incluida en las conductas prohibidas por el artículo 7 de la LDC.»

55. La Resolución de 10 de noviembre de 2009 en el asunto S/0160/09–Venta de Aceite de Grandes Superficies, en la que se denuncia una conducta de venta a pérdida en el mercado de aceite de oliva en los establecimientos de varias grandes superficies, el Consejo indica que la reducción de precios tendría un efecto positivo, por cuanto «tendría por objetivo a traer a la clientela de la zona, en la que habrá más de una gran superficie y, por tanto, estaría incentivando la competencia intra-marca, sin que la competencia inter-marca se vea afectada». La Resolución del Consejo de la CNC de 27 de enero de 2012 S/0377/11–Amazon consideró que la venta por parte de Amazon de películas en formato DVD y Blue-Ray sin clasificarlas por edades no producía cambios sustanciales en los parámetros comerciales de los productos afectados. En el mismo sentido, ver la sentencia de la Audiencia Nacional de 11 de septiembre de 2008 en el asunto Ballines Correduría de Seguros (n.º recurso 488/2006) que señaló: «Tanto de la lectura de los escritos de la actora, como de las actuaciones no resulta esa dimensión pública relevante, porque a juicio de esta Sala no la aportan ni la presidencia de una central de compras, ni la realización de un acto en el Salón de Plenos de un Ayuntamiento. Tampoco se aprecia con base en el número de empresas afectadas, en el volumen de su negocio, o la trascendencia de sus actividades.»

una conducta desleal que vulnera de manera sensible la competencia efectiva en el mercado.

Esto es, el requisito de afectación al interés público viene a nuestro entender a cumplirse en la medida en que exista un falseamiento sensible. La afectación al interés público se configura, por tanto, como un requisito independiente pero se entenderá verificado si el falseamiento de la competencia derivado del acto desleal es grave o significativo.

La práctica del extinto TDC es confusa en esta cuestión no distinguiéndose en ocasiones claramente entre uno y otro requisito. No contribuyó a una mayor claridad la modificación operada por la Ley 52/1999 en el artículo 7 de la antigua LDC. Cabe recordar que tras la Ley 52/1999, este precepto exigía la concurrencia de las siguientes circunstancias: «a) Que ese acto de competencia desleal distorsione gravemente las condiciones de competencia en el mercado. b) Que esa grave distorsión afecte al interés público.» Es decir, parecía indicar que, además de producirse una grave distorsión de la competencia, habría de verificarse como elemento adicional la afectación al interés público, cuando de una distorsión significativa de la competencia se deriva ya necesariamente una afectación del interés público. Es por ello que, en especial, tras la modificación de la Ley 52/1999, la delimitación de los elementos del tipo resulta aún menos clara.[56]

La redacción del artículo 3 de la LDC es similar al precepto original, siendo, por tanto, necesario analizar el falseamiento de la competencia y la concurrencia del requisito de afectación al interés público; pero sobre la base de que si la conducta desleal es apta para falsear de manera significativa la competencia efectiva, se producirá necesariamente la afectación al interés público.[57]

56. Así se pronuncia igualmente Montaña, M., con quien coincidimos, en sus *Comentarios al artículo 3 LDC* en Odriozola, M. 2008. *Derecho Español de la Competencia. Comentarios a la Ley 15/2007, Real Decreto 261/2008 y Ley 1/2002.* Bosch, Barcelona:

> No parece congruente con el denominado modelo social de la competencia desleal instaurado por la Ley 3/1991 en el que la Ley 52/1999 exigiera la afectación del interés público como un requisito adicional a la deslealtad del acto y al falseamiento sensible de la competencia, lo cual llevó al TDC a una cierta confusión en algunas de sus Resoluciones (por ejemplo en la ya mencionada Res. TDC de 26 de febrero de 2004). En otras, como la Res. TDC de 4 de julio de 2003, el Tribunal pareció advertir la contradicción que estamos comentando al plantearse la cuestión en los siguientes términos: «Acreditado, por tanto que la conducta enjuiciada en este expediente constituye actos de competencia desleal, debemos entrar ahora a analizar si concurren los otros dos presupuestos que, conforme a la doctrina reiterada de este Tribunal, son necesarios para aplicar el artículo 7 de la Ley 16/1989 y que son negados por la imputada, a saber: si pueden producir un falseamiento de manera sensible de la libre competencia, en todo o en parte del mercado nacional y si por su propia dimensión afectan al interés público económico». Tras constatar que con los actos denunciados «la alteración del funcionamiento competitivo del mercado llegará a ser significativa», el Tribunal concluyó que la práctica denunciada era contraria al artículo 7, sin realizar manifestación alguna sobre la concurrencia o no de «la afectación al interés público» como un supuesto requisito adicional.

57. Ver la Resolución de 30 de noviembre de 2007 en el asunto S/0013/07–La tienda en casa donde se indica que el artículo 3 de la LDC prohíbe aquellos actos de competencia desleal que por falsear la libre competencia afecten al interés público indicando a continuación que «La afectación del interés público supone que el falseamiento de la competencia tenga una repercusión sensible en el mercado afectado». Asimismo, en la Resolución de la CNC de 15 de diciembre de 2011 en el asunto S/0350/11–Asistencia en carretera, la CNC señaló que:

En cualquier caso, coincidiendo con la doctrina más autorizada[58] parece que el interés público a proteger debe ser el mantenimiento de una competencia efectiva.[59] Sin embargo, ciertas Resoluciones del TDC y de la CNC, así como algún pronunciamiento de la Audiencia Nacional, parece igualmente en ocasiones tomar en consideración otros intereses públicos distintos de la defensa de la competencia.

La AN en su Sentencia de 14 de mayo de 2002, consideró que una conducta denunciada como desleal y llevada a cabo en el mercado del transporte sanitario afectaba al interés público del artículo 7 de la antigua LDC porque aquella se refería al «desempeño de un servicio público asistencial de indudable trascendencia para la generalidad de sus potenciales usuarios en la Comunidad Autónoma de referencia, a efectos de fijar el mercado relevante del servicio de transporte sanitario.» No obstante, la conducta no reunía el requisito de deslealtad.

Igualmente, en alguna resolución previa, el TDC también apuntó que el interés público podría considerarse afectado por la trascendencia económica o social, especialmente grave, de la conducta y las características de los bienes y del mercado afectado (el sector de la vivienda).[60] En las más recientes resoluciones relativas

---

ante una denuncia de infracción del artículo 3 de la LDC, el órgano de instrucción debe analizar, antes que nada, la concurrencia del presupuesto de la afectación al interés público, teniendo para ello en cuenta factores como la naturaleza de la conducta, la estructura del mercado, el bien o servicio afectado, etc.; es decir, el contexto jurídico y económico afectado, de suerte que si tras este análisis no se aprecian indicios de que la conducta sea apta para falsear la competencia efectiva, no solo resulta superfluo que se realice una calificación jurídica de la conducta desde la óptica del Derecho contra la competencia desleal, sino que tal calificación carece de toda relevancia jurídica en la medida en que no concurre el presupuesto que habilita a la Autoridad de Competencia para sancionar actos de competencia desleal.

58. Ver en este sentido, MASSAGUER, J. «Artículo 3. Falseamiento de la libre competencia por actos desleales», en *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia.* Civitas (2.ª ed.). Madrid, págs. 213 y ss., que señala que quedan fuera de la noción de interés público cuya afectación constituye un elemento del ilícito del artículo 3 de la LDC, los:

> intereses públicos metaconcurrenciales, de modo que no existe la afectación del interés público requerido a estos efectos por el hecho de que la conducta enjuiciada tenga efectos negativos para otros intereses generales, sin perjuicio de que su consideración sea relevante en este contexto a fin de evaluar la intensidad con la que la práctica considerada amenaza el interés general justamente por causa del falseamiento producido.

59. Ver por ejemplo la Resolución de 15 de diciembre de 2011 en el asunto S/0350/11–Asistencia en Carretera «la aplicación de la ley de Competencia Desleal corresponde a los Tribunales de Justicia y la Autoridad de Competencia solo está facultada para realizar el reproche de desleal competitiva cuando la conducta enjuiciada, dado el contexto jurídico y económico en el que se produce, resulta apta para restringir la competencia efectiva en el mercado, que es el interés público tutelado por la LDC» . Igualmente, la Resolución de 29 de mayo de 2009 en el asunto SA/CAN/0002/08–Electrodomésticos Canarias, donde el Consejo de la CNC valora la denuncia presentada contra un operador que ponía a la venta cámaras fotográficas y de video digitales sin marcado, CE lo que conllevaba el abaratamiento del producto en el destino final, resultando la denunciante perjudicada. El Consejo rechaza la aplicación del artículo 3 de la LDC por no apreciarse que el interés general se vea afectado, y sobre la cuestión de si el consumidor final resulta indirectamente afectado por adquirir productos que no cumplen con la normativa de etiquetado, el Consejo indica que si bien «ello puede afectar a la calidad del producto y seguridad de los consumidores» estos «ámbitos quedan fuera de la aplicación de la LDC». Ver también en este sentido la Resolución de 1 de octubre de 2012 en el asunto S/0399/12–Grupo Gallardo.

60. La Resolución del TDC de 9 de marzo de 2001 en el asunto 485/00–Agentes Propiedad Murcia destaca que la conducta afectó la vivienda, que es un bien económico de gran trascendencia social. En la Resolución del TDC de 12 de noviembre de 2002 en el asunto 531/02–Intermediación Inmobiliaria se reitera esta idea. No obstante, esta Resolución fue anulada parcialmente por la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2008 (n.º recurso 2041/2006).

al sector eléctrico, se toman igualmente en consideración elementos distintos de la defensa de la competencia. Así, en el asunto Iberdrola Sur se considera que se afectó al interés público entre otras cuestiones, por «(...) el servicio afectado, un input básico para las empresas y un servicio de primera necesidad para los consumidores domésticos». A su vez, en el asunto Endesa se considera que el acto desleal afectó al interés público entre otros motivos, porque la conducta afectaba «a la comercialización de un bien esencial», además de «a los ingresos del sistema y, por ende, al déficit tarifario.»

En estos precedentes, se valoran por tanto en el análisis del contexto de la conducta en cuestión y de su impacto, intereses distintos de la defensa de la competencia, a saber: i) el interés público de la salud pública, que parecería implícitamente afectado en el precedente de la sentencia de la AN de 14 de mayo de 2002; ii) el interés público vinculado al derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, que parecería afectado en las resoluciones *Agentes Propiedad Murcia* e *Intermediación Inmobiliaria;* o iii) el interés público a la comercialización de un bien esencial, como es la electricidad o al sostenimiento de los gastos públicos.

No obstante, estos intereses son complementarios al interés principal, salvaguardado mediante la aplicación del artículo 3 de la LDC, que es el mantenimiento de una competencia efectiva, quedando vinculados a este en el análisis del impacto de la conducta desleal analizada.

4. Balance de la práctica de la CNC en aplicación del artículo 3 LDC en relación con el artículo 7 de la antigua LDC

No son muchos los asuntos en los que el TDC y la CNC han declarado la existencia de una infracción del artículo 7 de la antigua LDC o del artículo 3 de la LDC. En realidad, se limitan a una veintena.

Este precepto ha sido, en la práctica totalidad de los casos, activado mediante denuncia de un operador frente a una determinada conducta de un competidor. La mayor parte de las denuncias han sido archivadas sin haberse incoado un procedimiento sancionador por no concurrir el requisito de afectación del interés público al no haber quedado acreditada la afectación sensible a la competencia derivada de la conducta desleal. Esta conclusión es común a la mayor parte de los casos planteados ante el TDC entonces y ante la CNC más recientemente.

En los pocos supuestos en los que la autoridad de defensa de la competencia ha declarado la existencia de una infracción del artículo 7 de la antigua LDC,[61] no se

61. El artículo 62.3 de la LDC dispone que la violación del artículo 3 de la LDC constituye una infracción grave que puede ser objeto de una multa de hasta el 5% del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa.

llegó a imponer sanción alguna en varios de ellos.[62] En los asuntos en los que se impuso una sanción, los importes han sido dispares. En ocho precedentes, la cuantía de la multa se ha situado entre los 300 y los 90.000 euros. Estas multas se impusieron a cuatro colegios profesionales,[63] a varias pequeñas empresas,[64] al ayuntamiento de un pueblo[65] y a una filial de Endesa (Hidroeléctrica de l'Empordà).[66] Solo en dos resoluciones de aplicación del artículo 7 de la antigua LDC, se impusieron multas algo más elevadas, en el entorno de los 300.000 euros.[67] Finalmente, las multas más significativas impuestas a Correos[68] y a Telefónica en tres ocasiones (4,6 millones de euros; 57 millones de euros; y 8,4 millones de euros)[69] terminaron siendo anuladas por los tribunales.

No se aprecia una aplicación más efectiva de este precepto desde la entrada en vigor de la LDC. En la práctica totalidad de los expedientes analizados por la CNC por supuesta vulneración del artículo 3 de la LDC[70] y que, hasta la fecha, ascienden a 52,[71] se declaró mayoritariamente la incapacidad del acto de competencia desleal para afectar al interés público resolviéndose la no incoación del

62. En la resolución del TDC de 28 de julio de 1998 en el asunto 405/97–Expertos Inmobiliarios 2, el TDC no impuso multas, si bien fue por entender que en el momento en que se produjeron los hechos no existía aún la jurisprudencia del TS referente a la no exclusividad de los API en la mediación inmobiliaria, por lo que pudo haber existido una apariencia de legalidad. En la Resolución del TDC de 26 de noviembre de 2002 en el asunto 529/01–Administradores de Fincas no se impuso sanción porque el SDC no había cuantificado adecuadamente ni el mercado afectado ni los efectos restrictivos. Igualmente, en la confusa Resolución del TDC de 26 de febrero de 2004 en el asunto 560/03–Grupo Freixenet no se impuso sanción alguna por no haber resultado acreditados los posibles efectos de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otras partes en el proceso económico y sobre los consumidores o usuarios.

63. Resoluciones del TDC de 19 de noviembre de 1998 en el asunto 357/95–Expertos Inmobiliarios; de 9 de marzo de 2001 en el asunto 485/00–Agentes Propiedad Murcia; de 30 de abril de 2002 en el asunto 519/01–Asociación ETI/Colegios APIS; y de 12 de noviembre de 2002 en el asunto 531/02–Intermediación Inmobiliaria. No obstante, procede indicar que estas multas fueron anuladas por sentencias del Tribunal Supremo por no concurrir el requisito de culpabilidad.

64. Resoluciones del TDC de 18 de diciembre de 1992 en el asunto 314/92—Repsol Butano y de 4 de julio de 2003 en el asunto 548/02–Eurohogar Sarmiento. La Resolución del TDC de 9 de febrero de 1998 368/95–Veterinarios Ambulantes fue anulada por la sentencia de la AN de 29 de enero de 2003.

65. Resolución del TDC de 7 de abril de 2003 en el asunto 535/02–Eléctrica Eriste.

66. Resolución del TDC de 5 de mayo de 1999 en el asunto 431/98–Eléctrica Curós.

67. Resoluciones del TDC de 7 de enero de 1992 en el asunto 291/90–Arbora Corporación; de 8 de julio de 1992 en el asunto 294/91–Aceites.

68. Resolución de 7 de febrero de 2003 en el asunto 536/02–IFCC/Correos, anulada por la Sentencia del TS de 9 de diciembre de 2008.

69. Resolución del TDC de 26 de febrero de 1999 en el asunto 413/97–Airtel/Telefónica, anulada por la sentencia del TS de 30 de mayo de 2006. Resolución del TDC de 8 de marzo de 2000 en el asunto 456/99 –Retevisión/Telefónica, anulada por la sentencia del TS de 20 de junio de 200. Y Resolución del TDC de 1 de abril de 2004 en el asunto 557/03–Astel/Telefónica, anulada por la sentencia de la AN de 31 de enero de 2007.

70. En varios de estos expedientes no solo se analiza la posible vulneración del artículo 3 de la LDC, sino también, la de una o varias de las conductas tipificadas en la LDC.

71. Desde la entrada en vigor de la LDC se ha resuelto un asunto adicional mediante la Resolución del Consejo de la CNC de 28 de enero de 2009, en el asunto 2659/05–Rotores, pero al traer causa de un recurso presentado ante el TDC contra el acuerdo de archivo de la Directora General de Defensa de la Competencia, la CNC aplicó el artículo 7 de la antigua LDC por valorarse hechos que acaecieron antes de la entrada en vigor de la LDC.

expediente y el archivo de las actuaciones. Solo recientemente ,en el último año, la CNC ha concluido en tres expedientes la existencia de sendas infracciones del artículo 3 de la LDC por parte de Gas Natural,[72] Iberdrola[73] y Endesa,[74] imponiendo multas de elevada cuantía (2,6; 10,6; y 5,4 millones de euros, respectivamente), resultando estos los únicos precedentes en los que la CNC ha determinado la concurrencia de los requisitos del artículo 3 de la LDC desde su entrada en vigor. En el expediente relativo a Gas Natural, se consideró igualmente acreditada una vulneración del artículo 2 de la LDC, mientras que en los asuntos Iberdrola y Endesa, la sanción se impuso exclusivamente por infracción del artículo 3 de la LDC.

Llama la atención que la CNC haya centrado sus esfuerzos de control de cumplimiento de este precepto en el sector de la energía. Irónicamente, la sanción impuesta a Gas Natural trajo causa de una denuncia de Iberdrola y viceversa, el expediente de Iberdrola tuvo su origen en una denuncia de Gas Natural. Por su parte, el asunto Endesa se inició a consecuencia de un expediente de la CNE.

Estas tres resoluciones, cada una de ellas presentada por un ponente distinto, ofrece diferencias en relación con la metodología empleada en las resoluciones anteriores (e incluso las posteriores) adoptadas tras la entrada en vigor del artículo 3 de la LDC.

En contra de lo que el propio Consejo ha denominado «doctrina consolidada»,[75] se analiza primeramente en todas ellas si existe un acto desleal desde la perspectiva

72. Resolución del Consejo de la CNC de 29 de julio de 2011 en el asunto S/0184/09–Gas Natural. Esta resolución declaró que Gas Natural cometió una infracción del artículo 3 de la LDC al realizar, entre mayo y septiembre de 2009, una campaña de información a sus clientes minoristas de gas natural que habría sido desleal con sus competidores. En particular, Gas Natural remitió a más de 5 millones de clientes del segmento consumidores domésticos y pymes una carta en la que, según la resolución, se les alertaba de determinadas prácticas llevadas a cabo por agentes comerciales ajenos a la compañía.

73. Resolución del Consejo de la CNC de 24 de febrero de 2011 en el asunto S/0213/10–Iberdrola Sur. En esta resolución se consideró que habían quedado acreditados los siguientes hechos: i) la filial del grupo Iberdrola de comercialización de último recurso (IBERCUR) asumió el suministro de 470.791 consumidores en esta situación, que le fueron automáticamente transferidos desde la distribuidora de su grupo empresarial, de acuerdo con lo establecido en la normativa; ii) posteriormente, a través de un mecanismo de remisión de cartas, una parte de estos consumidores (en concreto, 268.001) fueron automáticamente traspasados de IBERCUR a la comercializadora libre del grupo Iberdrola, sin recabar el consentimiento expreso de los clientes. La resolución entendió que esta conducta constituía una infracción de la Disposición Adicional Primera de la Orden ITC/1659/2009, que estableció la necesidad de recabar el consentimiento expreso del consumidor para el cambio de suministrador. La CNC, en línea con lo interpretado por la CNE, no acepta el argumento de Iberdrola, según el cual dicho consentimiento no se precisaba para los cambios entre suministradores de un mismo grupo empresarial.

74. Resolución de la CNC de 11 de junio de 2012 en el asunto S/0304/10–Endesa. Desde noviembre de 2009 a octubre de 2010, Endesa remitió cartas a unos 300.000 clientes a los que estaba suministrando transitoriamente la tarifa regulada con penalización, con el objeto de traspasarles al mercado libre de clientes sin derecho a tarifa de último recurso, sin recabar su consentimiento expreso. Esta actuación constituyó a juicio de la CNC una infracción de la Disposición Adicional Primera de la Orden ITC/1659/2009 por no haber recabado el consentimiento de los clientes. No fue acogido el argumento de Endesa, según el cual no era necesario el consentimiento expreso de los clientes por no conllevar su conducta, en este caso, un cambio en la persona jurídica del suministrador, sino solo una modificación del contrato, aplicándose por ello el art. 110 ter del Real Decreto 1955/2000 que tan solo exige previa notificación al consumidor.

75. Ver en este sentido notas al pie 20, 22 y 23.

de la LCD, para a continuación valorar si el mismo tiene aptitud para falsear la competencia, determinando finalmente si lo hace de un modo tal que afecte al interés público. Es posible que esta sistemática responda al hecho de que el Consejo había llegado a la conclusión de que existía una vulneración del artículo 3, optando por presentar su razonamiento siguiendo un orden supuestamente más adecuado, justificando primero si existe una conducta desleal que vulnere la LCD. Pero lo cierto es que, como se ha expuesto anteriormente, el Consejo ha reprendido abiertamente a la Dirección de Investigación en algún precedente por no haber seguido la sistemática adecuada.[76]

Asimismo, en particular en los asuntos Iberdrola y Endesa, se alude explícitamente a la necesidad de que concurran tres requisitos para la aplicación del artículo 3 de la LDC, examinándose, además, cada uno de ellos, de manera independiente. Como se ha expuesto anteriormente, esta no ha sido la sistemática habitual, ya que en la mayor parte de las resoluciones adoptadas tras la entrada en vigor de la LDC, si bien se hace referencia en todas ellas de una manera o de otra tanto al falseamiento de la competencia como a la afectación interés del público, no siempre estos elementos se identifican de manera independiente. El análisis de ambos requisitos resulta igualmente detallado en comparación con los asuntos precedentes, en particular el relativo al interés público cuya afectación suele acreditarse de manera somera al confirmarse la trascendencia del falseamiento de la competencia.

Si bien cada uno de los asuntos presenta sus propias particularidades, muy relevantes además en la valoración de las conductas, las tres resoluciones muestran elementos comunes en cuanto a la aptitud de las mismas para falsear la competencia. La CNC concluye en todos los casos que los actos enjuiciados generaron en mayor o menor medida barreras adicionales al cambio de suministrador, evitando o desincentivando que los clientes hicieran lo que el legislador pretendía: buscar en el mercado la oferta más conveniente para ellos de forma que se minorara la inercia del mercado y se favoreciera la competencia, dando a otros competidores la oportunidad de tener un acceso más fácil a esos clientes. La conducta afecta de esta manera a la competencia al reducirse el tamaño del mercado que otros comercializadores podían captar.

El grado de *falseamiento de la competencia* es analizado en los tres precedentes sobre la base de la estructura del mercado, la posición de las compañías en el mismo y las barreras de entrada, así como sobre otros factores.

En concreto, en el asunto Gas Natural, la resolución muestra especial interés en situar el centro de gravedad del ilícito (envío de una cartas con contenido denigratorio) en la defensa del interés colectivo de los consumidores, sacándolo de la esfera de la protección del interés privado de los empresarios. Así, aclara que los verdaderos perjudicados por un acto de denigración son los consumidores y no tanto los competidores descalificados. Ello porque la denigración persigue elimi-

76. Ver nota al pie 23.

nar o distorsionar la libertad y racionalidad de sus decisiones de mercado, resultando, en último término, conductas aptas para distorsionar el normal juego de la competencia económica. El bien jurídico protegido a través de la tipificación de los actos de denigración no sería tanto la reputación o crédito del competidor en el mercado, como el propio proceso competitivo. En cuanto al grado de falseamiento, se tienen en cuenta además del contexto económico y jurídico, los medios empleados (envío masivo de cartas) y el que Gas Natural fuera un operador incumbente.

En el asunto Iberdrola, se concluye sobre la existencia de falseamiento de la competencia en la medida en que la actuación de Iberdrola i) tuvo lugar en un especial momento temporal en el que se habían establecido las circunstancias necesarias para intensificar la competencia; ii) se llevó a cabo de manera selectiva, escogiendo aquellos de sus clientes que, según la CNC, le eran más atractivos; iii) supuso una reducción del tamaño del mercado que razonablemente podrían captar otros comercializadores; y iv) reforzaba la barrera de entrada que supone la fidelización de los consumidores respecto de los distribuidores y, por tanto, de la que tienen respecto de la comercializadora del grupo.

En el asunto Endesa se consideró que se migró a los clientes de forma poco transparente, sin recabar su consentimiento y aplicándoles unas condiciones nada ventajosas. Con ello, evitó que salieran al mercado en aquel momento y se dificultó su captación por el resto de competidores. Las condiciones de competencia se vieron así sensiblemente alteradas por la generación de barreras adicionales al cambio de suministrador, no siendo preciso que se produjera un cierre total del mercado.

En cuanto a la afectación del *interés público*, plasmado en el funcionamiento competitivo del mercado, las tres resoluciones comparten varios elementos que fueron valorados por la CNC para determinar el impacto de las conductas analizadas en el interés general, apreciándose estas en relación con i) el contexto jurídico y económico en el que se produce la conducta imputada; ii) la liberalización del mercado minorista de suministro de gas o electricidad, según el caso; iii) el colectivo al que se dirigió (pequeñas y medianas empresas y consumidores), y iv) el hecho de que el servicio afectado sea un *input* básico o un servicio de primera necesidad. Además, en el asunto Endesa se añade como elemento adicional, para acreditar el impacto en el interés general, que la conducta afectó a los ingresos del sistema y, por ende, al déficit tarifario.

Por último, en cuanto a la conducta desleal, en el asunto *Gas Natural*, el precepto infringido es el artículo 9 de la LCD derivado de una campaña de información a sus clientes minoristas de Gas Natural que habría sido desleal con sus competidores. En particular, Gas Natural remitió a más de 5 millones de clientes una carta en la que, según la resolución, se les *alertaba* de determinadas prácticas llevadas a cabo por agentes comerciales ajenos a la compañía. Para llegar a esta conclusión la resolución analiza la carta en su conjunto y concluye que su propósito sería descalificar y denigrar a los competidores, en

general, apelando a los riesgos que puede comportar el cambio de suministrador del gas. La resolución entiende que esta conducta debe ser calificada como un acto de denigración ilícito en la medida en que la referida carta de Gas Natural contiene afirmaciones o juicios que, sin ser exactos ni verdaderos, observados en su conjunto, resultan aptos para desacreditar, menospreciar o denigrar la actividad desarrollada por otros comercializadores de gas.

En los asuntos Iberdrola y Endesa, el precepto de la LCD infringido es idéntico. Así, la CNC considera que tanto Iberdrola como Endesa infringieron la Disposición Adicional Primera de la Orden ITC/1659/2009, que tiene por objeto regular la actividad concurrencial, resultando su conducta desleal según lo previsto en el artículo 15.2 de la LCD. El razonamiento seguido por la CNC para acreditar que la norma supuestamente infringida tiene por objeto regular la actividad concurrencial en el asunto Iberdrola resulta sin embargo parco y especialmente confuso. Así, en un único párrafo, la CNC considera que la norma analizada i) otorga un derecho a los consumidores, el de manifestar expresamente su conformidad al cambio de comercializador, y ii) establece una carga o deber a los comercializadores que protege el derecho otorgado para después añadir que:

> En la medida en que este otorgamiento de derechos y deberes responde a la protección de aquellos que están en posición más débil (los consumidores) la Disposición Adicional Primera de la Orden ITC/1659/2009 está regulando como se llevan a cabo las conductas concurrenciales de los agentes que operan en el mercado libre minorista de suministro de electricidad.

Parecería, por tanto, que cualquier norma que otorgara derechos a los consumidores, regula entonces como se llevan a cabo conductas concurrenciales, cuya infracción sería desleal.[77]

Igualmente parca, aunque algo más centrada en intentar extraer el concepto de regulación de la actividad concurrencial, resulta la justificación en el asunto Endesa, que afirma que el precepto infringido busca ordenar el mercado y disciplinar las conductas competitivas de los operadores, y que tratándose de una normativa que pretende avanzar en la liberalización y trazar el marco en el que debe desenvolverse el comportamiento de los agentes en el mismo, favorece la concurrencia.

Las tres resoluciones han sido recurridas ante los tribunales. A la vista del éxito de recursos previos planteados frente a resoluciones del TDC en aplicación del artículo 7 de la antigua LDC y examinadas las dificultades para acre-

77. García Pérez, R. 2012. «Falseamiento de la libre competencia por actos desleales e infracción de normas que tienen por objeto la regulación de la actividad concurrencial (A propósito de la Resolución del Consejo de la CNC de 24 de febrero de 2012, Iberdrola Sur», en *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, n.º 11, Segundo semestre de 2012, Ed. La Ley.

ditar la concurrencia de los elementos que conforman el tipo, no es descartable que puedan ser revisadas.

5. Conclusiones

La reforma de la antigua LDC dio lugar a un intenso debate doctrinal sobre la conveniencia del mantenimiento en la nueva LDC del entonces artículo 7.

La mayor parte de las opiniones abogaban por la eliminación del precepto a la vista de su deficiente definición y escasa aplicación, estando además tutelados los intereses protegidos mediante otras normas u órganos. A su favor, se argumentaba fundamentalmente que, gracias a la abundante doctrina del TDC, se había mejorado en la delimitación del tipo y que el precepto podía ser eficaz para la represión de prácticas anticompetitivas que no tienen encaje en los artículos 1 y 2 de la LDC, pudiendo actuar la Administración en defensa del interés público sobre distintas actuaciones, tales como los actos de boicot, la explotación de la situación de dependencia económica o los precios predatorios. Su inaplicabilidad no parecía, al menos en aquel momento y al entender de los defensores del precepto, motivo suficiente para suprimir una disposición que opera de conexión funcional con la LCD.[78]

Pues bien, transcurridos cinco años desde la adopción de la LDC, no parece apreciarse un cambio significativo en la aplicación del artículo 3 de la LDC en relación con su predecesor. Ciertamente, se aprecian algunas mejoras en cuanto a la delimitación de los elementos que configuran el tipo, pues la redacción del artículo 3 de la LDC ha supuesto una mejora sustancial en relación con el texto anterior, pero sigue sin existir una sistemática coherente en las resoluciones de la CNC. Así, en algunas ocasiones se refieren a la necesidad de acreditar dos elementos (ilícito desleal y afectación del interés público) para justificar la vulneración del precepto, mientras que en otras se alude a la necesidad de acreditar la concurrencia de un tercer requisito: el falseamiento sensible de la competencia. Asimismo, desde una perspectiva metodológica, la CNC analiza primeramente si de la supuesta conducta desleal analizada se deriva una afectación al interés público por existir un falseamiento sensible de la competencia, resultando superfluo que se realice una calificación jurídica de la conducta desde la óptica de la LCD si la afectación al interés público no ha podido acreditarse. Pero incluso esta cuestión, que parece pacífica, tiene sus excepciones, tanto en el análisis de la Dirección de Investigación como en el del propio Consejo de la CNC.

78. Ver en este sentido la nota al pie 7 y el resumen de los distintos argumentos en Díez Estella, F. 2005. «¿Réquiem por el artículo 7 de la Ley de Defensa de la Competencia?», en *Diario La Ley*, Año XXVI, n.º 6373. Lunes, 5 de diciembre de 2005, págs.1 y ss.

Por último, tampoco se aprecia una mayor aplicación del precepto en la medida en que desde la entrada en vigor de la LDC, solo en 3 ocasiones, todas ellas recientes, la CNC ha considerado acreditada la existencia de una infracción del artículo 3 LDC, habiéndose recurrido todas ante los tribunales.

En definitiva, parece que las críticas al precepto seguirían vigentes, mientras que al menos varios de los motivos esgrimidos a favor del mantenimiento del artículo 3 LDC no habrían tenido el desarrollo esperado. En concreto, el análisis de los precedentes muestra que el precepto no ha sido especialmente útil para perseguir prácticas restrictivas sin encaje en los artículos 1 y 2 de la LDC que hubieran podido desarrollarse —según se argumentaba— en mayor medida al hilo de la evolución de la estructura de determinadas industrias o sectores.

Ni siquiera parece que las tres resoluciones en las que la CNC ha considerado acreditada la existencia de una infracción puedan replicarse en otras actuaciones similares, por el particular contexto jurídico y económico en el que las conductas analizadas tuvieron lugar y la especial consideración por la CNC al contexto económico; en concreto, la fase de liberalización en la que se encontraban los mercados examinados y que contribuyó significativamente a la consideración por parte de la CNC de la existencia de una conducta prohibida.

Pero, probablemente, lo más relevante a efectos de valorar si el mantenimiento del artículo 3 de la LDC resultó adecuado son los recursos empleados por la CNC para atender y examinar actuaciones que poco han tenido que ver con el interés público protegido por la LDC. La prueba es que, salvo en un caso, la totalidad de las actuaciones de la CNC tuvieron su origen en la denuncia de un competidor, que perseguía un interés puramente privado y que con la excusa de la salvaguarda de una pretendida dimensión pública de la conducta enjuiciada utiliza la vía del artículo 3 de la LDC y del procedimiento administrativo —más accesible y económico que el judicial— para hacer valer sus pretensiones.

Es la LCD la norma que protege los intereses privados y es a través de la misma y de los mecanismos en ella previstos que deben tutelarse los intereses de los empresarios. Además, tal y como destaca la doctrina más autorizada, el derecho de la competencia desleal ha evolucionado desde un modelo corporativo hacia un modelo social, pasando de proteger simplemente los intereses de los empresarios competidores a proteger la institución de la competencia.[79] Por tanto, dado que la LCD tiene por objeto, como recoge su Exposición de motivos, «la protección de la competencia en interés de todos los que participan en el mercado» y ha supuesto «una apertura de la misma hacia la tutela de intereses que tradicionalmente habían escapado a la atención del legislador mercantil», debe ser igualmente esta norma la que tutele los escasos supuestos en los que las conductas desleales tienen trascendencia en el orden público.

79. Alonso Soto, R. 1996. «Competencia Desleal y Defensa de la Competencia en España», en ICE, febrero de 1996, n.º 750, pág.10.

Ello permitiría liberar recursos de las autoridades de defensa de la competencia para la vigilancia de otras prácticas más graves y dañinas para el mantenimiento de la competencia efectiva, evitando un uso indebido de la LDC y de los instrumentos que contempla, en tareas que poco tienen que ver con la salvaguarda del interés público.

ACTIVIDAD DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA EN EL ÁMBITO DEL TRANSPORTE MARÍTIMO

MARÍA JESÚS MAZO VENERO
Subdirectora de Servicios
Dirección de Investigación
Comisión Nacional de la Competencia

1. Introducción

El transporte marítimo tiene una enorme importancia y tradición en España, que es el país de la Unión Europea con mayor longitud de costa, con más de 8.000 km. Además, en algunos lugares el transporte marítimo representa la principal vía de contacto con el resto de España y con el mundo, como es el caso de las Islas Baleares, las Islas Canarias, y los enclaves españoles en el norte de África, Ceuta y Melilla. No es de extrañar, por tanto, que la actividad de las autoridades españolas de defensa de la competencia en el sector marítimo haya sido intensa.

Con la entrada en vigor de la Ley 15/2007, la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) ha reforzado su acción en materia de transporte y ha investigado prácticas restrictivas en el tráfico marítimo entre la Península y el norte de África, por un lado, y entre la Península y Baleares, por otro.

En el ámbito Península-norte de África, el análisis se ha centrado en las condiciones de competencia en el transporte marítimo de pasajeros en la línea Algeciras-Ceuta, tanto durante las Operaciones de Paso del Estrecho (OPE) como fuera de ellas, en los expedientes S/0080/08 y S/0241/10. En el primero, se concluyó que el intercambio de billetes en las OPE es necesario para que, tanto los pasajeros como sus vehículos, embarquen en el primer buque disponible, con independencia de la compañía a la que han adquirido su billete; de modo que se garantice la seguridad y salud pública en los desplazamientos masivos de magrebíes entre la Península y el norte de África; sin embargo, las navieras lo han manipulado en su favor, restringiendo la competencia en forma de mayores precios de los billetes y menores horarios de los servicios. En el Expediente S/0241/10, la investigación,

centrada en la misma área geográfica, abarcó tanto el transporte de pasajeros como el de carga, pero en periodos no afectados por las OPE ni, por tanto, por las obligaciones de intercambio de billetes.

Por último, en el caso del transporte marítimo con Baleares, la investigación se ha realizado en el marco del Expediente S/0244/10, en el que se sancionaron dos cárteles: uno entre la Península y las Islas Baleares y otro en la línea Ibiza-Formentera.

2. El transporte marítimo entre la Península y el norte de África

2.1. Las Operaciones Paso del Estrecho y sus implicaciones sobre la defensa de la competencia

2.1.1. Las Operaciones de Paso del Estrecho

La Operación Paso del Estrecho (OPE) es el dispositivo puesto en marcha por la Dirección General de Protección Civil y Emergencias del Ministerio del Interior para posibilitar que se lleve a cabo, con la máxima fluidez y eficacia, el tránsito de los ciudadanos magrebíes, o europeos de origen magrebí, que retornan al norte de África desde sus ciudades de trabajo en Europa para disfrutar sus vacaciones estivales y fiestas tradicionales en otras épocas del año, regresando a sus lugares de trabajo habitual al finalizar estas.

Las OPE transcurren en dos fases (operación salida y retorno) y suelen producirse en el periodo estival (especialmente en el Ramadán), Semana Santa, Navidad o la Fiesta del Cordero. Estos «picos» de máxima intensidad diaria suponen un tráfico al día de en torno a 50.000 personas y 14.000 vehículos.

La OPE conecta los puertos españoles de Alicante, Almería, Málaga, Melilla, Ceuta, Algeciras y Tarifa con los puertos marroquíes de Alhucemas, Nador y Tánger, y con los puertos argelinos de Ghazaouet y Orán, configurando el siguiente esquema de líneas marítimas:

— Algeciras-Ceuta-Algeciras; Málaga-Melilla-Málaga; Almería-Melilla-Almería.
— Algeciras-Tánger Med; Tarifa-Tánger Med; Almería-Nador-Almería; Almería-Alhucemas-Almería.
— Alicante-Orán-Alicante; Almería-Ghazaouet-Almería.

La concentración de pasajeros en estas fechas constituye un fenómeno social y de orden público que es preciso organizar, instituyéndose así, desde 1987 las denominadas OPE, en las que diversas administraciones aúnan sus esfuerzos para disponer de un marco operativo adecuado que permita afrontar cualquier situación de emergencia que pudiera producirse, proporcionando la atención social y sani-

taria necesaria, seguridad y orden, transporte marítimo adecuado y suficiente, infraestructuras portuarias e información pública.

En particular interesa, por lo que respecta a la defensa de la competencia, el sistema denominado «intercambio de billetes», que define la Dirección General de la Marina Mercante. El objetivo del sistema es que tanto los pasajeros como sus vehículos embarquen en el primer buque disponible con independencia de cuál sea la compañía a la que han adquirido su billete. La intercambiabilidad afecta a todos los buques que realizan servicios de transporte marítimo de personas y vehículos en régimen de equipaje. Una vez activado el intercambio, para los días señalados por los Capitanes Marítimos, los pasajeros con sus vehículos que esperan en colas dirigidas por la Autoridad Portuaria se dirigen al punto de embarque de los buques que están atracados y embarcan a continuación en el primer buque que esté listo para recibirlos.

Tradicionalmente,[1] según las Resoluciones de la Secretaría General de Transporte de la Dirección General de Marina Mercante, las navieras afectadas debían contemplar acuerdos que incorporasen:

— una adecuada planificación de horarios de salida y entrada de buques durante los días del intercambio, autorizada por las Autoridades Portuaria y Marítima. Esta planificación debía ajustarse a los principios de reducción al máximo de los tiempos de espera y optimización del uso eficiente de las infraestructuras portuarias disponibles, garantizando la seguridad marítima y de la navegación.
— Un mecanismo de coordinación y compensación que, basado en el régimen tarifario de los servicios de transporte prestados por las distintas navieras, estableciera garantías del cobro de los mismos.

Se exigía también la validez común de las tarjetas de embarque de las empresas navieras participantes durante los días en que se preveía mayor afluencia de pasajeros y vehículos.

2.1.2. La intercambiabilidad de billetes: infracción del artículo 1 de la ley 15/2007

La intercambiabilidad de billetes en las líneas de cabotaje que unen puntos de la Península con otros puntos del norte de África ha sido objeto de análisis por las autoridades de competencia españolas desde hace dos décadas, habiéndose pronunciado siempre en el sentido de que dicha intercambiabilidad suponía una alteración de las condiciones de competencia. Las Resoluciones del extinto tribu-

1. Como consecuencia de la entrada en vigor del Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, el contenido de esas resoluciones se ha modificado a partir de 2012.

nal de Defensa de la Competencia (TDC)[2] en esta materia han sido claras, pues ha denegado autorizaciones singulares, ha sancionado a las empresas navieras por distintos acuerdos de intercambio de billetes y fijación de precios, y solo en dos ocasiones ha otorgado sendas autorizaciones singulares (1991 y 2006) por valorar que, tras ciertos ajustes en los acuerdos, se podía apreciar el cumplimiento de los requisitos contenidos en el artículo 3.1 de la entonces Ley 16/1989 (actual 1.3 de la Ley 15/2007) para que temporalmente dichos acuerdos quedaran exceptuados de la aplicación del artículo 1, sujetos a determinadas condiciones. Es decir, la declaración de que este tipo de acuerdos (incluidos los que se han beneficiado de una autorización singular) incumplen el artículo 1 ha sido una constante por parte del TDC y, además, la ilicitud sancionada en estas resoluciones ha sido ratificada tanto por la Audiencia Nacional como por el Tribunal Supremo.

Lo mismo cabe decir respecto de la CNC, que desde la entrada en vigor de la Ley 15/2007 ha continuado con el estudio y vigilancia del tráfico marítimo en los periodos de intercambio, en la línea Ceuta-Algeciras, en el Expediente S/0080/08–Navieras línea cabotaje Ceuta-Algeciras.

Debido a su situación geográfica (ubicada en territorio africano fronterizo con el Reino de Marruecos) y a la ausencia de otras conexiones y enlaces con el resto del territorio español (excepto un servicio de helicóptero con capacidad para 15 pasajeros desde Málaga), la línea Ceuta-Algeciras tiene la consideración de línea de navegación de interés público, garantizando el Estado su prestación de forma directa e inmediata mediante contrato administrativo, sin menoscabo del concurso de las compañías navieras que deciden libremente operar en dicha línea en condiciones de continuidad, regularidad y frecuencia, establecidas reglamentariamente. Consecuentemente, para los residentes en Ceuta, la ruta marítima es el único medio real y masivo de desplazamiento.

Se pueden distinguir dos tipos de demandantes: los viajeros que se trasladan entre la Península y Ceuta y los emigrantes magrebíes, que regresan a sus lugares de origen desde sus lugares de residencia en Europa. La demanda de ciudadanos residentes en Ceuta no es muy grande en número, pero es bastante estable, con pequeños picos en diciembre y Semana Santa. Por el contrario, el tráfico de emigrantes magrebíes es muy elevado en número y con una fuerte estacionalidad (muy concentrado entre julio y septiembre).

En cuanto a la oferta, en la línea marítima entre Ceuta y Algeciras, operan cuatro navieras pertenecientes a dos grupos empresariales (Grupo Acciona y Grupo Balearia), junto con Förde Reederei Seetouristik Iberia, S. L. (FRS Iberia), que se incorporó al servicio en 2008.

Tal y como explica el Consejo de la CNC en la resolución del Expediente S/0080/08–Navieras línea cabotaje Ceuta-Algeciras, de 8 de septiembre de 2010:

2. En el anexo se resumen los principales casos resueltos por el TDC en materia de intercambio de billetes.

las resoluciones de la SGT,[3] conocidas como Resoluciones OPE, regulan la obligatoriedad de intercambiar billetes entre las navieras que operan una determinada línea regular en un determinado periodo, de tal forma que el titular de un billete tendrá derecho a embarcar en el primer buque disponible en puerto, independientemente de que dicho buque pertenezca a la naviera que le ha emitido el billete o no. Por ejemplo, el titular de un billete emitido en febrero, por la compañía A, para viajar en Semana Santa, podrá hacer uso del servicio con la compañía B, si el día que viaja se declara finalmente día OPE. Es decir, ocurrirá que una naviera factura el billete y por tanto percibe la remuneración de un servicio que finalmente prestará otra naviera que no ha percibido ingreso alguno por dicho servicio. Consecuentemente entre ambas navieras deberá haber una posterior liquidación y compensación entre los billetes emitidos y los servicios realmente prestados. Sin embargo, esta regulación, fundamentada por la SGT en aras del interés general por la supuesta especificidad del servicio, no está exenta de importantes efectos anticompetitivos en el mercado en el que se aplica, en el que operan diversas navieras en un régimen económico de libre competencia. Efectos que terminarán redundando en una menor competencia y en un mayor nivel de precios, en perjuicio del consumidor final, al que supuestamente se pretende proteger.

El precio al que la compañía A deberá pagarle a la compañía B la prestación del servicio que el pasajero ha recibido es lo se liquida y se denomina tarifa de intercambio. Pues bien, desde el punto de vista de la competencia este tipo de actuaciones genera un doble efecto: la tarifa de intercambio se convierte en una suerte de precio mínimo y, además, ese precio mínimo vendrá determinado por el más caro de los marcados por los operadores presentes en el mercado. ¿Por qué?, pues, en primer lugar, porque en presencia de intercambiabilidad amplia (es decir, se obliga al intercambio de cualquier billete emitido) se desincentiva una política comercial de descuentos, ya que una naviera que está comercializando sus billetes con descuentos y promociones sobre las tarifas generales, no tendrá incentivos a realizar descuentos si prevé que esos billetes que está vendiendo con descuento serán finalmente objeto de intercambio en días OPE, pues podrá ocurrir que la tarifa que la naviera emisora debe pagar a la naviera que realiza el servicio sea mayor o igual que la tarifa de promoción y, en tal caso, no le sería rentable seguir vendiendo a dicha tarifa de promoción. Por ello, la tarifa de intercambio se convierte en una suerte de precio mínimo, nadie querrá vender por debajo de ese precio so pena de incurrir en pérdidas. En segundo lugar, ocurre que las navieras han de revelarse sus tarifas de intercambio, lo que supone un intercambio de información entre las navieras si no hay

3. Secretaría General de Transporte de la Dirección General de Marina Mercante.

un mecanismo que lo impida. ¿Y qué representan realmente las tarifas de intercambio?, pues deberían ser para cada naviera su precio de venta al público, neto de gastos de comercialización, es decir, cada naviera esperará ingresar por un pasajero transportado de otra compañía, como mínimo, lo que ingresaría por un pasajero propio. Por lo tanto, la tarifa de intercambio supone revelar el total de los costes de prestación del servicio más el margen empresarial.

Así, ocurrirá que las empresas que podrían vender sus billetes a precios más bajos se encontrarían teniendo que abonar a las empresas transportistas con mayores precios tarifas de intercambio superiores a las propias, con lo cual se encontrarían sin beneficio empresarial alguno. Para evitar esta situación las empresas de menor precio alinearán sus tarifas de intercambio con las de mayor precio, y por ello la tarifa de intercambio, esa suerte de precio mínimo, se situará al nivel del precio de las empresas más caras. El resultado es una falta de incentivos a competir que redunda en un sistema más ineficiente y consecuentemente en unos mayores precios a los consumidores.

2.1.3. Exención de la intercambiabilidad de billetes de la aplicación del artículo 1 de la ley 15/2007

Tras argumentar el carácter restrictivo del intercambio de billetes, sin embargo, el Consejo de la CNC reconoce la posibilidad de que quede exento de la aplicación del artículo 1 de la Ley 15/2007, siempre y cuando se cumplan los requisitos del artículo 1.3. En este sentido, prosigue la resolución:

> Sin embargo, desde la óptica de la defensa de la competencia, un acuerdo de intercambiabilidad puede estar exceptuado de la aplicación del artículo 1 de la LDC si se lleva a cabo con medidas adicionales que minimicen el riesgo anticompetitivo, como la creación de una cámara de compensación independiente de las navieras.

En efecto, ya en 2006 el TDC autorizó el acuerdo de interlineado entre Algeciras-Ceuta solicitado por Buquebus España, S .A.; Compañía Trasmediterránea, S. A. y Europa Ferrys, S. A.,[4] al entender que el intercambio para el que se solicitó autorización constituía una infracción de artículo 1 de la entonces Ley 16/1989, si bien cabía la posibilidad de que se beneficiase de la exención prevista en el artículo 3.1, siempre que las navieras se comprometiesen a cumplir determinadas condiciones que compensaran los efectos restrictivos de su funcionamiento.

4. Expediente A 354/05–Acuerdo Interlínea Algeciras-Ceuta.

En opinión del TDC, las tarifas aplicables entre las navieras a efectos de realizar la compensación y liquidación correspondiente a los «billetes intercambiables» tendrían que ser calculadas individualmente por cada naviera, en función de sus propios precios de venta al público menos un descuento referido a su coste promedio de comercialización de los billetes. Así, la tarifa neta podría llegar a ser diferente si los costes de comercialización fueran diferentes.

Esas tarifas debían ser comunicadas y aceptadas entre las partes y, acto seguido, comunicadas también a un tercero independiente de las navieras, la Cámara de Compensación, con carácter previo a la venta de billetes y a su liquidación. El sistema de compensación podría paliar en alguna medida el alineamiento de precios siempre que la gestión de liquidación y cobro supusiera una pérdida de información para cada una de las navieras en relación con el resto y evitase una coordinación para el reparto de cuotas o mecanismos compensatorios de rentas extraordinarias entre empresas.

2.1.4. Amparo legal de la intercambiabilidad de billetes

Recientemente, se ha reformado la legislación portuaria, quedando eximidas las obligaciones de intercambio, bajo determinadas circunstancias, de la aplicación de la Ley 15/2007.

Así, el 7 de agosto de 2010 se publicó en el BOE la Ley 33/2010, de 5 de agosto, de modificación de la Ley 48/2003 de régimen económico y de prestación de servicios en los puertos de interés general que, en su Disposición Final Segunda, modifica la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, y añade una Disposición Adicional Vigésimo Séptima, el actual artículo 260.2 del Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante.

El artículo 260.2 prevé:

> [...] En particular, la Administración marítima podrá obligar a las empresas navieras que realicen tráficos marítimos a la intercambiabilidad de billetes y sujeción de horarios establecidos. El cumplimiento de estas obligaciones por parte de las empresas navieras, incluyendo la fijación de una tarifa de intercambio común aplicable a los servicios de transporte que recíprocamente se presten por razón de la intercambiabilidad de billetes, tendrá la consideración de conducta exenta por ley a los efectos previstos en el apartado 1 del artículo 4 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, únicamente en lo que respecta a las líneas que unen puertos españoles con las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla o con puertos de Marruecos o de Argelia y durante los días de la Operación Paso del Estrecho y otros

periodos justificados en los que concurran circunstancias similares de intensidad del tráfico marítimo o causas graves de utilidad pública o interés social, en los que la Administración Marítima active el intercambio.

A la vista de esta disposición, se puede concluir que la fijación en común de horarios o tarifas de intercambio por parte de navieras queda exenta de la aplicación del artículo 1 de la Ley 15/2007 si, y solo si, se cumplen las siguientes condiciones acumulativamente:

1. Que las empresas navieras realicen servicios regulares o no regulares de cabotaje y de navegación exterior.
2. Que operen en las líneas que unen la Península con el norte de Africa.
3. Que la Administración les exija de manera específica la intercambiabilidad de billetes u horarios.
4. Que los pactos se limiten a los días de las OPE en que las autoridades activen el intercambio.

La entrada en vigor de esta Ley, coincidiendo con la tramitación de algunos expedientes por parte de la CNC (algunos en fase de instrucción, otros en fase de resolución e incluso otros en fase de revisión por la Audiencia Nacional), ha llevado a algunas navieras afectadas por las obligaciones de intercambio e investigadas/sancionadas por las autoridades de competencia a reclamar la aplicación del principio de retroactividad de la norma sancionadora más favorable. Esto es, puesto que la exención prevista por el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante entró en vigor el 8 de septiembre de 2010 y las conductas investigadas por la CNC son anteriores a esa fecha, algunas navieras alegan que se les ha sancionado por conductas declaradas exentas de la aplicación de la Ley 15/2007.

En relación con este asunto, la Audiencia Nacional se ha pronunciado[5] en el sentido de que, en las investigaciones concretas que ha realizado la CNC, la actuación de las navieras se ha extralimitado respecto a lo exigido por la Administración (el intercambio de billetes), por lo que no es aplicable la exención del artículo 4 de la Ley 15/2007 ni, en consecuencia, la retroactividad de la norma más favorable. En ningún momento la Administración marítima ha impuesto a navieras competidoras que se pusieran de acuerdo sobre los precios. Argumenta la Audiencia Nacional que es indudable la existencia de actuaciones administrativas encaminadas a facilitar en lo posible las OPE y, específicamente, a imponer la intercambiabilidad de los billetes a tales efectos, pero ni se impone un precio único, ni se

5. Sentencias de la Sección Sexta de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de 20 de febrero de 2012, de estimación parcial del recurso 595/2012 y de 31 de mayo de 2012, de estimación parcial de los recursos 598/2010 y 608/2010.

impone que a fin de eliminar la competencia se pongan de acuerdo los competidores para unificar las tarifas.

Más aún, en los expedientes instruidos queda demostrado que la forma habitual de operar de las empresas imputadas era la fijación de precios y de condiciones comerciales y la coordinación de horarios durante todo el año (temporada OPE y fuera de ella) y que la OPE se convertía en una justificación para incrementar significativamente los precios y repartirse el mercado más allá de la temporada OPE.

En efecto, no se puede obviar que la motivación de la autoridad marítima al establecer las mencionadas obligaciones es evitar los problemas de bienestar y orden público derivados de la congestión de las infraestructuras, lo que ha llevado al legislador, en aras a facilitar la intercambiabilidad de billetes, a establecer que la fijación de una tarifa de intercambio común tenga la consideración de conducta exenta por ley a los efectos previstos en el artículo 4.1 de la Ley 15/2007. Sin embargo, queda fuera del texto de la Ley, y también del ánimo del legislador, eximir del cumplimiento de la Ley 15/2007 a las empresas que utilicen el cumplimiento de las obligaciones impuestas por la autoridad marítima para implementar incrementos injustificados y desproporcionados de precios, fijar el margen comercial y las condiciones comerciales y eliminar ofertas. Es decir, convertir una restricción a la competencia, impuesta por un marco regulatorio para situaciones excepcionales, en total ausencia de competencia en el mercado de manera generalizada en el tiempo y, en lugar de incrementar, reducir significativamente el bienestar de los consumidores. El perjuicio para los consumidores, en forma de mayores precios, eliminación de ofertas y posible traslación a precios de la reducción de comisiones a las agencias de viajes, es muy significativo, y lo es más teniendo en cuenta la elevada inelasticidad de la demanda de los servicios de transporte marítimo durante la OPE, dado que los consumidores carecen de alternativa de transporte relevante.

En suma, podría concluirse que, con carácter general, es de aplicación el principio de retroactividad de la Ley 33/2010, de 5 de agosto, como norma más favorable; pero no es el caso en las conductas estudiadas por la CNC, en tanto que las navieras investigadas transformaron el cumplimiento de una obligación administrativa en una vía para coludir y de esa forma, beneficiarse, en detrimento del interés público, que es precisamente lo que pretende proteger la Ley 33/2010, de 5 de agosto.

2.1.5. Conclusiones

De lo anteriormente expuesto sobre la conducta de las navieras que operan en la línea Algeciras-Ceuta, pueden extraerse varias conclusiones.

En primer lugar, ni la CNC ni el extinto TDC han cuestionado que entre las obligaciones de servicio público indispensables para la adecuada gestión de las

OPE se encuentra el intercambio de billetes, arbitrado por el Ministerio de Fomento. Muy al contrario, el propio TDC autorizó expresamente el sistema de intercambio de billetes que propusieron para ello las navieras que operaban esa ruta.

En segundo lugar, la CNC ha constatado[6] que las navieras se excusan en las obligaciones de intercambio que les impone el Ministerio de Fomento para acordar no solo tarifas de intercambio, sino también gastos comerciales y, por tanto, precios de venta al público; y no solo durante los días en los que se activa el intercambio, sino durante los periodos completos de semanas e incluso meses previstos en las resoluciones de la Secretaría General de Transporte de la Dirección General de Marina Mercante sobre OPE.

En tercer lugar, dado que el motivo por el que se pone en marcha el dispositivo Paso del Estrecho es la congestión de las infraestructuras y, una vez constatado que las obligaciones de intercambio se han convertido en un instrumento para la colusión de las navieras que operan en el Estrecho, se podría pensar, como alternativa, en una ampliación y mejora de las infraestructuras del Puerto de Ceuta; en la línea de las realizadas en el puerto marroquí de Tánger Med, de modo que la capacidad de aquel puerto sea suficiente para garantizar las condiciones de seguridad y salud que requiere la afluencia masiva de pasajeros en fechas muy concretas, sin incorporar restricciones a la competencia innecesarias, que se traducen en precios del transporte más altos.

En todo caso, como no podía ser de otra manera, la CNC continuará con la vigilancia de las condiciones de competencia en el transporte marítimo entre Ceuta y Algeciras.

2.2. Transporte marítimo entre la Península y el norte de África fuera de los periodos OPE

En el Expediente S/0241/10, resuelto por el Consejo el 10 de noviembre de 2011, quedó acreditada la existencia de un cártel en el transporte de pasajeros y vehículos en la línea marítima que une Algeciras y Ceuta, entre Balearia Eurolíneas Marítimas S. A. y Buquebus España S. A. U. (ambas del grupo Balearia) y Euromaroc 2000 S. L.; Compañía Trasmediterránea S. A. y Europa Ferrys S. A. (todas ellas pertenecientes al Grupo Trasmediterránea), al menos desde febrero de 2008 hasta abril de 2010; y con Förde Reederei Seetouristik Iberia, S. L. (FRS), desde octubre de 2008 a abril de 2010; desarrollado a través de reuniones, llamadas telefónicas o correos electrónicos, en los que se adoptaron acuerdos anticompetitivos sobre reparto de mercado, fijación de precios y cuotas de mercado, coordinación de horarios, fijación de condiciones comerciales para las agencias, eliminación y coor-

6. Expedientes S/0080/08-Navieras línea cabotaje Ceuta-Algeciras y S/0241/10-Navieras Ceuta 2.

dinación de ofertas, mecanismos de compensación en caso de desviación de cuotas y mecanismos de seguimiento y vigilancia del cumplimiento de los acuerdos.

Los acuerdos alcanzados por las referidas navieras tenían por objeto alinear o, en su caso, coordinar sus respectivas políticas comerciales con el fin último de alcanzar un reparto de cuotas previamente acordado entre todas e incrementar las tarifas aplicables por cada una de ellas, con la garantía de que dicha medida sería seguida por todas las demás.

Esta investigación tiene su origen en el Expediente S/0080/08, ya comentado, relativo al sistema de intercambio de billetes en las OPE, en el marco del cual la Dirección de Investigación tuvo acceso a determinados documentos de los que se deducía la existencia de un acuerdo de fijación de precios en el servicio de transporte marítimo de pasajeros en la línea Algeciras-Ceuta-Algeciras entre Balearia, Trasmediterránea y FRS fuera de los periodos OPE.

Entre las características del caso destacan las siguientes: i) se trata de un acuerdo ente competidores que afecta al 100% del mercado; ii) acordaron o intentaron acordar su política comercial sobre un amplio abanico de variables competitivas (precio de las tarifas, descuentos, ofertas, cuotas de mercado, capacidad de oferta, horarios, comisiones a las agencias), diseñando mecanismos de control y seguimiento de cumplimiento de los acuerdos; iii) no existen otras conexiones o enlaces con el resto del territorio español (excepto un servicio de helicóptero para, en el momento de la instrucción del expediente, 15 pasajeros desde Málaga) y, por tanto, para los residentes en Ceuta, la línea marítima concernida es el único medio real y masivo de desplazamiento a la Península; iv) la conducta provocó un daño directo a los consumidores en forma de mayores precios y menores servicios, y v) es una infracción realizada por empresas que, conforme a los antecedentes del TDC y de la CNC en los que fueron parte anteriormente, demuestran un manifiesto desprecio por la legalidad y la doctrina de la autoridad de la competencia.

El Consejo de la CNC señaló en su resolución que las empresas eran plenamente conscientes de la ilegalidad de los acuerdos de cártel, siendo frecuente que no dejasen rastro documental directo de su existencia, composición, naturaleza, contenido y duración.

A la hora de cuantificar la multa, el Consejo consideró como circunstancia agravante que el extinto Tribunal de Defensa de la Competencia y el propio Consejo de la CNC habían analizado en numerosas ocasiones la actividad de transporte de pasajeros en la línea Algeciras-Ceuta. Asimismo, tuvo en cuenta los efectos en el mercado, ya que Balearia, Trasmediterránea y FRS acaparaban entre las tres la totalidad del mercado del trasporte de pasajeros y vehículos de la línea Ceuta-Algeciras, con una cuota conjunta del 100%. Apreció, además, la concurrencia en Trasmediterránea del agravante de reiteración del artículo 64.2.a de la Ley 15/2007, en relación con la resolución del extinto TDC del Expediente 543/02.

Cabe destacar que Balearia presentó una solicitud de exención, o subsidiariamente, de reducción de pago de la multa, por su participación en las conductas colusorias, aportando documentación e información sobre ellas.

La CNC rechazó la solicitud de exención, por entender que no se cumplían las condiciones establecidas en el artículo 65.1 de la Ley 15/2007, puesto que cuando Balearia presentó su solicitud ya se había realizado una inspección y ya se disponía de elementos de prueba del cártel; pero acordó otorgar una reducción del importe de la multa del 50% sobre la sanción impuesta, por considerar que Balearia no solo permitió contrastar o confirmar documentación previamente obtenida en las inspecciones de la propia Balearia y de Acciona, sino que tuvo una importancia cualitativa significativa para comprender mejor el contenido y alcance de los acuerdos e intentos de acuerdos adoptados por las tres navieras imputadas.

Por otra parte, en el momento de redacción de este artículo se encuentra en fase de resolución ante el Consejo el Expediente S/0331/11–Navieras Marruecos, que comparte con los anteriormente descritos el tipo de práctica restrictiva: el reparto de mercado y la fijación de precios y condiciones comerciales entre competidores; pero abarca un ámbito más amplio, en tanto que incluye tanto el tráfico de pasajeros y vehículos como el de carga en las distintas líneas que unen la Península con el norte de África (Almería-Nador, Algeciras-Tánger, Tarifa-Tánger, Algeciras-Ceuta). En consecuencia, las empresas objeto de investigación son más numerosas que en expedientes anteriores, incluyendo, además de las tres ya mencionadas (FRS, Acciona y Balearia), distintas navieras marroquíes.

3. El transporte marítimo entre la Península y las Islas Baleares

La CNC también ha estudiado el transporte marítimo de pasajeros entre la Península y las Islas Baleares y entre las mismas islas. Así, en el Expediente S/0244/10–Navieras Baleares, el Consejo de la CNC consideró acreditada la participación, entre los años 2001 y 2010, de Balearia, Trasmediterránea e Iscomar en un cártel de fijación de precios y de otras condiciones comerciales o de servicio, de limitación o control de la producción y de reparto de mercado en las líneas de transporte marítimo, tanto de pasajeros y vehículos como de mercancías, que unen la Península con las Islas Baleares.

Constan numerosos hechos acreditados sobre reuniones, acuerdos, borradores de acuerdos, resúmenes o actas de reuniones o conversaciones, que acontecen de forma continuada a lo largo de toda una década, que el Consejo de la CNC valoró como una única infracción, un cártel, que respondía al objetivo común de obtener en los servicios de trasporte marítimo entre la Península y las Islas Baleares unos beneficios superiores a los que se habrían obtenido si todos los operadores implicados hubieran competido.

El cártel se articuló mediante acuerdos bilaterales y multilaterales y reuniones y conversaciones para la explotación conjunta de líneas, el intercambio de espacios, la fijación de diversos parámetros comerciales (horarios, ofertas, descuentos, comisiones, precios, su incremento), el acuerdo para aplicar la cláusula utilizada en

el comercio internacional para ajustar las fluctuaciones del precio del petróleo (BAF), tanto en el segmento marítimo como terrestre; el reparto de clientes, el intercambio de cargas para equilibrar cuotas, o el acuerdo sobre precios de las cabezas tractoras.

La intencionalidad anticompetitiva y el conocimiento de la ilicitud de las conductas por parte de los operadores implicados eran claras, como pone de manifiesto el que para algunas prácticas se acordaba aplicar pequeñas diferencias de precios entre los distintos operadores, poner en marcha las medidas acordadas en distintos momentos temporales, y no siempre a todos los clientes, tratando de enmascarar un acuerdo que, de ser aplicado con idénticos parámetros, podría despertar sospechas, bien en los usuarios, bien en las autoridades administrativas o de competencia.

Adicionalmente, durante la instrucción del expediente se tuvo conocimiento de prácticas que afectaban a otras empresas, algunas de las cuales no estaban presentes en los acuerdos relativos al tráfico entre la Península y Baleares y que operaban una línea distinta: Ibiza-Formentera.

El Consejo consideró también acreditado un cártel de fijación de precios y horarios entre Balearia, Sercomisa y Mediterránea Pitiusa en el transporte marítimo de pasajeros en esa línea durante los años 1995 a 2011.

Los hechos se remontan a 1995, cuando Fletamientos de Baleares (Flebasa) y Sercomisa llegaron a un acuerdo para explotar conjuntamente el transporte marítimo de pasajeros entre las islas de Ibiza y Formentera, a través de una comunidad de bienes, a la que denominaron CB Flebasa-Trasmapi, siendo Trasmapi el nombre comercial con el que actúa en el mercado la empresa Sercomisa.

La comunidad de bienes cambió su nombre en 1999 por el de CB Balearia-Trasmapi, tras la adquisición de Flebasa por parte de Balearia en 1998, y fue disuelta, con efectos de 1 de junio de 2011, como consecuencia de las actuaciones de la CNC en el marco de este expediente.

Durante su existencia, la oferta de servicios de trasporte marítimo de pasajeros entre Ibiza y Formentera no la configuraron dos operadores en competencia, con dos ofertas diferenciadas en términos de horarios, precios y calidad de la embarcación, sino un único operador, la comunidad de bienes Flebasa/Balearia-Trasmapi, ofertando al mercado, por lo tanto, un único producto, caracterizado por un único esquema de horarios y precios, viéndose reducida la variedad de oferta comercial existente en la zona.

El Consejo consideró, frente a las alegaciones de las participantes en dicha comunidad de bienes, que no era una empresa en participación con plenas funciones. En primer lugar, por su duración. Su constitución era de carácter anual, por lo que estatutariamente era difícil atribuirle una vocación de carácter permanente, aunque se hubieran producido prórrogas anuales. Resulta difícil imaginar cómo una entidad creada para solo un año podía perseguir el cambio duradero y estable en el tiempo que exigen las concentraciones económicas, y realizar un plan de negocio que contemplase un análisis de tipo financiero, técnico, organizativo o

comercial. Resulta igualmente difícil explicar cómo una entidad creada con vocación de permanencia pudo experimentar tantos cambios, si no es por el hecho de que sus socios se fueron planteando anualmente, en función de la situación en cada momento, una modificación en el modelo de coordinación de sus respectivas estrategias.

En segundo lugar, la comunidad de bienes no era titular de las concesiones administrativas de las rutas, sino que lo eran sus socios, que eran quienes se presentaban a las licitaciones públicas.

En tercer lugar, solo un buque era propiedad de la comunidad de bienes, y los demás buques que operaban la línea Ibiza-Formentera pertenecían a sus socios. Adicionalmente, cada uno de los socios tenía sus propios delegados en la comunidad de bienes e incluso uno de ellos hacía de gerente.

Por todo ello, el Consejo concluyó que la comunidad de bienes carecía de suficiente patrimonio propio como para poder desarrollar su actividad de forma independiente de sus socios, siendo, además, las cuestiones sobre precios y horarios supervisadas directamente por el presidente de Balearia.

En consecuencia, el Consejo resolvió que la comunidad de bienes fue fruto de un acuerdo entre dos operadores independientes y caía bajo la prohibición general del artículo 1 de la Ley 15/2007. Es más, el Consejo calificó este acuerdo de cártel, cuyos responsables fueron Balearia (como sucesor económico de Flebasa), Sercomisa (Trasmapi es su un nombre comercial) y también Mediterránea Pitiusa, desde 2004, en tanto que participó en reuniones y contactos con Balearia y Sercomisa ,en las que se fijaron precios y se acordaron horarios en la ruta Ibiza-Formentera para evitar solapamientos, hurtando las partes su conocimiento a las autoridades.

Por último, en este expediente, al igual que en el S/0241/10–Navieras de Ceuta 2, Balearia presentó una solicitud de clemencia con el fin de obtener una exención o, en su defecto, reducción en el importe de la eventual multa que se le impondría por su participación en las infracciones que se declarasen.

El Consejo coincidió con la Dirección de Investigación en que Balearia aportó valor añadido significativo en sus declaraciones de clemencia, puesto que contribuyeron a ampliar el periodo de duración de la infracción respecto al transporte marítimo entre las Islas Baleares y la Península y a ampliar el conocimiento sobre los infractores respecto al transporte marítimo de pasajeros entre Ibiza y Formentera.

Sin embargo, en opinión del Consejo, la cooperación de Balearia no fue plena, continua y diligente, como exige la norma, puesto que transcurrió casi un año desde su solicitud de aplicación del programa de clemencia hasta que denunció las prácticas anticompetitivas realizadas entre la comunidad de bienes de la que era socio y la empresa Mediterránea Pitiusa.

Consecuentemente, el Consejo no consideró a Balearia acreedora de una reducción del importe de la sanción, si bien valoró la colaboración prestada como una circunstancia atenuante.

4. Conclusión

A lo largo de este artículo ha quedado patente la intensa actividad de las autoridades de competencia españolas en materia de transporte marítimo. El análisis del sector continuará en el futuro, a través de la vigilancia de las resoluciones del Consejo de la CNC y, en su caso, de nuevas actuaciones que pudieran producirse como resultado de indicios de vulneración de la normativa de la competencia.

En este ámbito, conviene tener en cuenta las modificaciones normativas que se están produciendo en el ámbito comunitario. Desde 2003, la Comisión Europea viene revisando las reglas de competencia aplicables al transporte marítimo. Así, en 2006, quedó derogado el Reglamento 4056/86, que eximía a los consorcios marítimos de la aplicación de la normativa de competencia.

Para facilitar la transición hacia un nuevo régimen, en el que el sector marítimo queda sujeto a los mismos procedimientos y normas sustantivas que cualquier otro sector de actividad, la Comisión Europea publicó en julio de 2008 unas Directrices[7] para la aplicación de las normas de competencia a los servicios de transporte marítimo, que expirarán en septiembre de 2013.

La Comisión Europea ha hecho público que el objetivo de facilitar al sector el tránsito al régimen general de competencia que se perseguía con las Directrices ya se ha cumplido, por lo que apuesta por terminar con el marco especial y pasar al general.

No obstante, antes de tomar una decisión final, en mayo de 2012 la Comisión lanzó una consulta pública para conocer las opiniones de las partes interesadas.

Por otra parte, en abril de 2010 entró en vigor un nuevo reglamento[8] de exención por categorías que revisa las exenciones a la prohibición impuesta por el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea sobre las prácticas comerciales restrictivas de los consorcios[9] de transporte marítimo de línea regular.

Desde 1995 los transportistas marítimos de línea regular se beneficiaban de exenciones condicionales de las normas de competencia cuando ofrecían servicios conjuntos. Debido a la evolución de los mercados, la Comisión decidió modificar y prorrogar el Reglamento de exención por categorías para los consorcios.

Así, el nuevo Reglamento amplía cinco años más, hasta abril de 2015, la exención para dicha cooperación, de modo que todos los acuerdos de consorcio, excepto los de fijación de precios, que tengan como objetivo la explotación común de

7. Directrices sobre la aplicación del artículo 81 del Tratado CE a los servicios de transporte marítimo. *Diario Oficial de la Unión Europea* n.º C 245, de 26/09/2008, págs. 2-14.

8. Reglamento (CE) n.º 246/2009 del Consejo, de 26 de febrero 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 (consorcios). Diario Oficial de la Unión Europea* n.º L 79, de 25/03/2009, págs. 1-4.

9. Un consorcio es una cooperación entre compañías marítimas para ofrecer servicios conjuntos de transporte de mercancías. En general, este tipo de acuerdos permite a las compañías racionalizar sus actividades y lograr economías de escala.

servicios de transporte marítimo, están exentos de la prohibición del artículo 101 del Tratado siempre que cumplan con una serie de obligaciones.

Entre las novedades del Reglamento destacan que extiende su ámbito de aplicación a todos los servicios de transporte marítimo de mercancías, sea o no en contenedores; revisa la lista de actividades exentas a fin de tener mejor en cuenta las prácticas de mercado actuales; armoniza la exención por categorías para los consorcios con los demás reglamentos de exención por categorías relativos a la cooperación horizontal entre empresas; reduce el umbral máximo de cuota de mercado de 35 % a 30 %; clarifica el método para calcular la cuota de mercado de los participantes en el consorcio; y prorroga las cláusulas de retirada y los periodos de bloqueo aplicables a los miembros que deseen abandonar el consorcio.

ANEXO

La concertación de los distintos operadores dedicados a la actividad de transporte en la línea Ceuta-Algeciras ha sido objeto de análisis por parte del extinto TDC en numerosas ocasiones, entre otras, las siguientes:

1. Acuerdo Trasmediterránea – Isleña de navegación, S. A. (ISNASA)

Por Resolución de 11 de diciembre de 1991, el TDC autorizó el acuerdo para la regulación del servicio marítimo de la línea Algeciras-Ceuta-Algeciras entre Trasmediterránea e ISNASA. Dicho Acuerdo contenía estipulaciones relativas a fijación de horarios, asignación de buques, homologación de los mismos, aceptación mutua de billetes, fijación de tarifas y descuentos comunes, promoción conjunta, reparto por mitades de los ingresos obtenidos, fijación de normas de liquidación entre compañías y compensación de saldos y establecimiento de un sistema común de gestión administrativa.

El TDC, con base en el artículo 3.2 de la entonces Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, autorizó dicho Acuerdo, exigiendo de los solicitantes: mantener una estructura abierta, en cuanto al ingreso y salida de los miembros del Acuerdo; dar publicidad a las normas que regulaban el Acuerdo, especialmente en materia de tarifas, descuentos y condiciones de transporte; celebrar consultas con los usuarios o las asociaciones representativas de estos y no explotar abusivamente la situación de dependencia creada. La razón económica que señaló el TDC para conceder la autorización fue: «si el Acuerdo no funciona, se produce un exceso de capacidad de transporte, claramente antieconómico que podría terminar en una falta de cobertura del servicio que afectaría gravemente al normal desarrollo social y económico de la zona».

ISNASA dejó de operar la línea en 1998, absorbiendo parte de sus activos Euroferrys. Desde entonces, se materializó un acuerdo de intercambiabilidad (sancionado por el TDC en su resolución 543/02) entre Euroferrys y Trasmediterránea. Buquebus, que comenzó a operar en la línea en 1997, con los mismos precios que sus competidores, no se adhirió al acuerdo de intercambiabilidad existente hasta 2000.

2. Expediente 543/02–Trasmediterránea/Euroferrys/Buquebus

Con fecha de 13 de junio de 2003, el TDC declaró responsables a Buquebus España, S. A.; Compañía Trasmediterránea, S. A. y Europa Ferrys, S. A. de una conducta prohibida por el artículo 1 de la entonces Ley 16/1989, consistente en haber fijado concertadamente los precios del servicio de transporte marítimo de pasajeros y vehículos en la línea Algeciras-Ceuta-Algeciras durante determinados periodos de tiempo. Asimismo, resolvió no conceder la autorización singular solicitada, con ocasión de este expediente por las navieras denunciadas, para el «Sistema de intercambio de billetes y ordenación de horarios en la línea marítima Algeciras-Ceuta». Esta Resolución fue ratificada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en su sentencia de 7 de abril de 2006, y por el Tribunal Supremo, en su fallo de 30 de marzo de 2009.

Respecto a la autorización singular solicitada, en sus Fundamentos de Derecho, el TDC manifestó que

> [...] comparte la conclusión a la que llega el Servicio de que el Sistema no estaría sometido a competencia alguna, puesto que no existen otras navieras fuera de él, y, además, si hubiera otras fuera del Sistema y decidieran integrarse en él, dejarían de competir, toda vez que el acuerdo de intercambiabilidad fuerza a ello, como queda demostrado con lo acontecido en el caso de Buquebus y expuesto en el Hecho Probado 5: la propia naviera reconoce que estar al margen de la aceptación de billetes le suponía una clara desventaja competitiva por la lógica preferencia de los clientes por un billete que les permitiera elegir entre más horarios, es decir, un billete de cualquiera de sus competidores, por lo que decidió adherirse a dicho acuerdo. Unido ello a que, como ha quedado patente, las tarifas de las tres partícipes en el Sistema son prácticamente iguales, no hace abrigar esperanza alguna en que mejorase la competencia entre ellas, pues similitud en precios y sistema de intercambiabilidad de billetes se alimentan mutuamente, lo que hace descartar totalmente la concesión de la autorización solicitada [...].

El TDC también señaló otros aspectos relevantes para denegar la autorización. Por un lado, la inexistencia de una previsión horaria, con lo que «no permite descartar su reparto y la imposibilidad de competir». Por otro, el TDC asumió que

«se podría producir un ahorro de costes», pero señaló a continuación que no se concreta y tampoco aparece en la solicitud una «clara repercusión a los usuarios». Finalmente, separa claramente la temporada OPE del resto del año y señala que «no se encuentra justificada la extensión de la aceptación de billetes fuera de los meses en que se desarrolla la OPE».

Con fecha 30 de junio de 2005, la Audiencia Nacional dictó sentencia por la que ratificó la Resolución del TDC de 13 de junio de 2003 en todos sus extremos y, por tanto, también en lo referido a la autorización singular. La Audiencia Nacional, sin embargo, dejó claro que «cuando concurren determinadas circunstancias puede ser aconsejable asumir un límite a la libre competencia, precisamente como medio idóneo para obtener esos mismos resultados que la libre competencia tiende a producir», para señalar a continuación, que «es aquí donde encuentra sentido el artículo 3.1 de la Ley 16/1989».

3. Expediente A 354/05–Acuerdo interlínea Algeciras-Ceuta

El 30 de mayo de 2006, el TDC autorizó el Acuerdo Interlínea Algeciras-Ceuta solicitado por Buquebus España, S. A.; Compañía Trasmediterránea, S. A. y Europa Ferrys S. A, con vigencia de 3 años, renovable.

La solicitud tenía por objeto poner en marcha un sistema de interlineado en la línea, generalizado para todo el año (una versión de mayor alcance para la llamada OPE y una más restrictiva para «el resto del año»). El objetivo fundamental, según los solicitantes, era permitir que cualquier usuario que hubiera comprado un billete con una compañía pudiera utilizar el servicio de transporte marítimo de cualquiera de las otras navieras.

El acuerdo autorizado, tras diversas modificaciones indicadas tanto por el antiguo Servicio de Defensa de la Competencia como por el TDC, quedó definido como «Reglamento por el que se establece un acuerdo de interlineado en la línea marítima Algeciras-Ceuta». En su cláusula previa se definían los «Billetes sometidos al acuerdo de interlineado o billetes intercambiables»: durante la OPE todos los billetes emitidos por cualquiera de las navieras partícipes; durante el «resto del año», aquellos emitidos a tarifa general.[10] Las tarifas aplicables entre las navieras a efectos de realizar la compensación y liquidación correspondiente a los «Billetes Intercambiables» serían calculadas por cada naviera en función de sus propios precios de venta al público, menos un descuento referido a su coste promedio de comercialización de los billetes. Esas tarifas serían previamente comunicadas y aceptadas entre las partes y, acto seguido, comunicadas, también a la Cámara de Compensación.

10. Aquellos billetes emitidos por cualquiera de las partes no sujetos a descuentos o promociones comerciales que otorgan al usuario el derecho a embarcar durante todo el año en cualquiera de los buques de las otras compañías navieras partícipes en el presente acuerdo.

La cláusula tercera creaba un mecanismo de compensación de los Billetes Intercambiables a la vez que «garantiza la plena libertad de cada compañía naviera partícipe de establecer las tarifas, condiciones comerciales y de promoción de sus productos y servicios, cualquiera que sea el tipo de billete emitido, así como sus políticas de remuneración a la red de ventas que considere oportunas.»

La cláusula cuarta establecía una cámara de compensación.

> Se encargará a un tercero independiente de las navieras partícipes en el Acuerdo la práctica de las liquidaciones que proceda realizar entre las mismas de acuerdo con el mecanismo de compensación establecido en la precedente Cláusula Tercera. Tal tercero independiente será preferiblemente la Dirección General de la Marina Mercante a través de sus servicios centrales o periféricos y en su defecto, para el supuesto que este Centro Directivo no tuviera a bien asumir tal función, alguna compañía de auditoría de reconocido prestigio en el mercado español. A los anteriores efectos, cada naviera partícipe deberá tener debidamente informada a la Cámara de Compensación de las tarifas correspondientes a los Billetes Intercambiables con arreglo a las cuales deberá practicar las correspondientes liquidaciones.

La cláusula quinta describía el sistema de liquidación, estableciendo que

> La Cámara de Compensación garantizará la estanqueidad de cuanta información y documentación le haya sido comunicada por las navieras que no tendrán acceso a ninguna información y documentación que no les sea propia o no sea imprescindible para comprobar, en su caso, la procedencia de las liquidaciones practicadas.

El 30 de mayo de 2006, el TDC, por mayoría, con el voto particular discrepante de un vocal, autorizó el sistema por tres años con carácter renovable, debido a los antecedentes de comportamiento colusorio de las entidades navieras solicitantes, al carácter novedoso del sistema de interlineado propuesto y a las incertidumbres que, en términos de competencia efectiva, planteaba el sistema (Fundamento de Derecho Décimo quinto). El extinto TDC resolvió que «el sistema autorizado se aplicará en consonancia con la letra y el espíritu de los Fundamentos de Derecho expresados y muy especialmente en lo referido en los Fundamentos Décimo segundo, Décimo tercero y Décimo cuarto». El Fundamento Décimo segundo resume el contenido del Reglamento autorizado. El Fundamento Décimo tercero hace hincapié en el reconocimiento de «los solicitantes que un mayor alineamiento de precios por intercambiabilidad tendrá que ser compensado por el propio sistema puesto en marcha.» Se deben poder «desarrollar políticas comerciales diferentes que dificulten un efectivo reparto de cuotas o de rentas a partir de un precio básico de intercambio de billetes». Efectivamente, el cálculo establecido para la tarifa a liquidar entre navieras, implica que

«la tarifa neta podría llegar ser diferente si los costes de comercialización son diferentes». Las dos magnitudes que constituyen la tarifa neta a liquidar entre navieras deben ser predecibles, estables y comunicadas a la Cámara de Compensación con carácter previo a la venta de billetes y a su liquidación. Por último, el Fundamento Décimo cuarto enfatiza que el sistema de compensación podría paliar en alguna medida el alineamiento de precios siempre que la gestión de liquidación y cobro supusiera una pérdida de información para cada una de las navieras en relación con el resto y evitara una coordinación para el reparto de cuotas o mecanismos compensatorios de rentas extraordinarias entre empresas. En consecuencia, el sistema ganaría en eficacia en función del número de operadores.

Poco después, el 14 de julio de 2006, el Consejo de Ministros acordó autorizar la toma del control exclusivo de Europa Ferrys, S. A. y Viajes Eurotras, S. A. por Compañía Trasmediterránea,[11] pasando a estar participado el Acuerdo de interlineado por el nuevo grupo formado por Euroferrys y Trasmediterránea, por un lado, y Buquebus España, por otro.

En septiembre de 2006 la Comisión Paritaria del acuerdo de interlineado acordó la participación en el mismo de Euromaroc 2000, S. L. No obstante, las navieras rompieron el acuerdo al poco tiempo, en octubre-noviembre 2006.

11. Expediente C 97/06–Trasmediterránea/Europa Ferrys/Viajes Eurotras.

COMPETENCIA EN LOS MERCADOS DE COMERCIALIZACIÓN DE ELECTRICIDAD

MARTA MARAÑÓN HERMOSO
ANDRÉS MORATA CÉSPEDES
JUAN JOSÉ ALBA RÍOS
Direcciones de Asesoría Jurídica y de Regulación de Endesa

Introducción

El sector eléctrico no ha quedado al margen de los procesos de liberalización e introducción de competencia que durante los últimos años han tenido lugar en diversos sectores y así lo ha plasmado el ordenamiento jurídico español. En 1994, la Ley 40/1994, de Ordenación del Sistema Eléctrico Nacional, introdujo unos primeros elementos tendentes a fomentar el desarrollo de la competencia a través de la implantación de nuevas instalaciones de producción y creó, a su vez, un sistema independiente, separado del resto (denominado sistema integrado) en el que la energía producida no se integraba en un conjunto único, sino que se sometía a transacciones libremente pactadas entre las partes. Si bien este impulso liberalizador no tuvo continuidad, sí sirvió de base para los posteriores desarrollos legislativos y regulatorios.

Es en el año 1997 cuando la liberalización del sector eléctrico español toma carta de naturaleza, impulsada por los desarrollos legislativos introducidos a nivel europeo,[1] mediante la publicación de la Ley 54/1997, del Sector Eléctrico (Ley del Sector Eléctrico o LSE). Esta Ley recoge tres cambios fundamentales para el desarrollo de la competencia en el sector:

1. La Directiva 96/92/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de diciembre de 1996, sobre normas comunes para el Mercado Interior, posteriormente modificada por la Directiva 2003/54/CE, de 26 de junio de 2003, y la Directiva 2009/72/CE, de 13 de julio de 2009.

— La implantación de una nueva actividad, la comercialización, que se define como la entrega de energía mediante la correspondiente contraprestación económica en las condiciones de regularidad y calidad que resulten exigibles. Esto supone separar la venta de energía del suministro de esta a través de las redes, dividiendo el suministro eléctrico en dos actividades separadas: la comercialización y la distribución.
— El abastecimiento de la materia prima, mediante el desarrollo de un mercado de producción (o mercado mayorista), que permita a las empresas comercializadoras adquirir la energía necesaria para su posterior venta a clientes.
— La liberalización del acceso a las redes, que permite la transmisión a los clientes de la energía adquirida en el mercado mayorista: todos los clientes son libres de utilizar la red, por lo que pagan una tarifa o peaje de acceso.

A pesar del proceso de liberalización, en el sector eléctrico se ha producido una constante tensión entre el principio de libre competencia y la intervención regulatoria, lo que, no en pocas ocasiones, ha generado fricciones e inestabilidad regulatoria, con el consecuente perjuicio para el sistema en su conjunto, tanto los operadores como los consumidores. De hecho, el coste del suministro de la energía eléctrica ha sido siempre objeto de un intenso debate político-económico, debido precisamente a las importantes connotaciones y directa influencia que dicho insumo tiene para cualquier sociedad desarrollada en su conjunto, lo que incluye tanto las actividades domésticas, como industriales. Y es que, efectivamente, la tradicional y compleja dificultad de combinar tarifas reguladas y precios de mercado constituye un ejemplo palmario de la tensión existente en el sector eléctrico entre la intervención regulatoria y el principio de libre competencia. Ha sido ampliamente reconocido que la coexistencia simultánea en el tiempo de precios de mercado y tarifas integrales ha constituido el principal obstáculo para el desarrollo de la competencia en los mercados de comercialización en España.

Habiendo llegado al décimo quinto aniversario de la entrada en vigor de la LSE, es conveniente revisar cómo se ha llevado a cabo el proceso de liberalización del sector eléctrico en España centrándonos, en los mercados minoristas de comercialización, para valorar cuáles han sido los principales logros, pero también aquellos obstáculos que han impedido un correcto desarrollo competitivo de esta actividad, con el objeto de valorar futuras medidas liberalizadoras.

Para ello, y de forma previa, es preciso describir en qué consiste la actividad de comercialización de energía eléctrica, su estructura y evolución normativa, qué es la tarifa eléctrica y cómo se forman los precios en este sector, para posteriormente detenernos a estudiar el déficit de tarifa, así como las consecuencias resultantes del mismo ya que, adelantamos, durante años este ha tenido un impacto directo en el escaso desarrollo de la actividad de comercialización en España.

Como veremos, resulta ineludible continuar avanzando en la liberalización de los mercados de comercialización de energía eléctrica en España y, de forma particular, reducir el ámbito de aplicación de la tarifa de último recurso a un número más limitado de consumidores. Pero, para que ello sea sostenible y redunde en beneficio de los clientes y las empresas, es necesario evitar errores regulatorios del pasado, así como adaptar las tarifas de acceso a niveles más apropiados que permitan cubrir todos los costes regulados del suministro eléctrico.

La actividad de comercialización de electricidad

La actividad de comercialización y sujetos participantes

Antes de la entrada en vigor de la Ley del Sector Eléctrico (LSE), el suministro de electricidad era realizado por los distribuidores, que estaban obligados a aplicar las denominadas tarifas integrales, fijadas por la Administración. Cada cliente estaba conectado a una red de distribución y era suministrado por el distribuidor correspondiente, sin que fuera posible buscar un suministrador alternativo. Es la LSE la que introduce la figura del comercializador de electricidad, tal y como se desprende de la Exposición de Motivos:

> La comercialización de energía eléctrica adquiere carta de naturaleza en la presente Ley. No se trata de una posibilidad sometida a la consideración del Gobierno, sino de una realidad cierta, materializada en los principios de libertad de contratación y de elección de suministrador que se consagra en el texto. Se establece un periodo transitorio para que el proceso de liberalización de la comercialización de la energía eléctrica se desarrolle progresivamente, de forma que la libertad de elección llegue a ser una realidad para todos los consumidores en un plazo de diez años.

Los comercializadores pasan, por tanto, a ser personas jurídicas distintas de los distribuidores, sin que en ningún caso pueda producirse un solapamiento de dichas actividades en una misma persona jurídica, pues se trata de actividades diferenciadas sujetas a la obligación de separación, tal y como se regula en el artículo 14 de la LSE:

> las sociedades mercantiles que desarrollen alguna o algunas de las actividades reguladas a que se refiere el apartado 2 del artículo 11 deben tener como objeto social exclusivo el desarrollo de las mismas sin que puedan, por tanto, realizar actividades de producción, de comercialización o de servicios de recarga energética, ni tomar participaciones en empresas que realicen estas actividades.

Ciertamente, los grupos de sociedades pueden desarrollar actividades calificadas por la LSE de «incompatibles», siempre que estas sean ejercitadas por sociedades diferentes, se garantice una separación funcional y se cumplan determinados criterios de independencia .

La comercialización constituye, por tanto, una actividad plenamente liberalizada, a través de la cual los comercializadores adquieren la energía en el mercados mayorista, mediante las diversas modalidades de contratación previstas en la normativa, y la venden a un precio libremente pactado en los mercados minoristas.[2]

A efectos de poder desarrollar la actividad de comercialización y conforme se desprende del artículo 44.3 de la LSE, los comercializadores están obligados a comunicar previamente a la Administración competente y, en todo caso, al Ministerio de Industria, Energía y Turismo y a la Comisión Nacional de Energía (CNE), el inicio y cese de su actividad, acompañando la comunicación de una declaración responsable sobre el cumplimiento de los requisitos que reglamentariamente se establezcan y entre los que destacan los de capacidad técnica. Adicionalmente, para poder adquirir energía eléctrica con el fin de suministrar a sus clientes, las empresas comercializadoras deben presentar al operador del sistema y, en su caso, al operador del mercado y a las empresas distribuidoras, las garantías que reglamentariamente se establezcan y las que resulten de las prácticas comerciales habituales en el mercado mayorista.

Formación de precios en los mercados minoristas

Tras la aprobación de la Ley del Sector Eléctrico coexistieron, durante unos años, el suministro integral realizado por los distribuidores y la actividad de comercialización separada de la distribución. Gradualmente se fue ampliando el colectivo de clientes con derecho a elegir comercializador (pasando al «mercado libre»), y reduciéndose el de aquellos con derecho a suministro a tarifa integral por parte de los distribuidores, manteniéndose un solapamiento entre ambos colectivos.

Desde julio de 2009, no existe en España el suministro de electricidad a cargo de los distribuidores ni tampoco la denominada tarifa integral. Toda la actividad de suministro es responsabilidad de los comercializadores y todos los clientes están ya en el mercado libre. No obstante, existe la denominada tarifa de último recurso, a la que tienen derecho los consumidores con potencia contratada menor de 10 kW (normalmente clientes domésticos y pequeñas empresas y profesionales) acogidos al «suministro de último recurso» dispensado por los «comercializadores de último recurso» o CUR.

2. El artículo 9 de la LSE define a los comercializadores como «aquellas sociedades mercantiles que, accediendo a las redes de transporte o distribución, adquieren energía para su venta a los consumidores, a otros sujetos del sistema o para realizar operaciones de intercambio internacional en los términos establecidos en la presente Ley».

Desde el punto de vista legal el suministro de último recurso y el suministro de mercado libre «normal» son equivalentes: el suministro de último recurso no es más que un tipo específico de suministro en mercado libre en el que el precio se establece de acuerdo con un mecanismo definido en la Orden ITC/1659/2009, de 22 de junio, por la que se establece el mecanismo de traspaso a clientes del mercado al Suministro de Último Recurso de energía eléctrica y el procedimiento de cálculo y estructura de las tarifas de último recurso («Orden ITC/1659/2009»). No obstante, este mecanismo no hace sino tratar de reproducir lo que hace un comercializador de mercado libre al determinar el precio del suministro, por lo que todo lo que se explicará a continuación sobre la formación del precio resulta aplicable, con pocas diferencias, al suministro de último recurso y al suministro de mercado libre «normal».

El precio que los clientes pagan por el suministro eléctrico es la suma, explícita o implícita, de varios componentes:

— La *tarifa* o *peaje de acceso*: se trata de un precio regulado, fijado administrativamente, que da derecho a utilizar la red. En inglés, por ejemplo, se conoce como «grid tariff» o «grid charge». Existen distintas tarifas de acceso, que se diferencian en el nivel de tensión del suministro, la potencia máxima que se puede alimentar y el número de periodos horarios en los que esta se factura.[3] Lógicamente, todos los clientes están sujetos a los mismos peajes de acceso, independientemente de que estén en la tarifa de último recurso o en el mercado libre «normal».

La tarifa de acceso consta de un término de potencia (€/kW, que el cliente paga por la potencia que tiene derecho a extraer de la red) y un término de energía (€/kWh, que se paga por la energía realmente utilizada). La potencia representa la capacidad que la red pone a nuestra disposición, y la energía el consumo que realmente hacemos. Es importante diferenciar ambas magnitudes. Dos clientes pueden consumir la misma energía (por ejemplo, 90 kWh/mes). Sin embargo, uno de ellos puede realizar este consumo con una potencia contratada de 3.000 W que se utiliza durante 1 hora cada uno de los 30 días del mes, mientras que otro puede tener 125 W de potencia y usarlos de manera continuada durante las 24 horas de los 30 días del mes. El primer cliente requiere que la red esté dimensionada para hacer frente a ese consumo de 3.000 W durante una hora diaria, aunque las otras

3. La existencia de periodos horarios permite que un cliente contrate distintas potencias en diferentes periodos, y pague un precio diferente por el uso de la red en cada uno de esos periodos. Por ejemplo, una tarifa de dos periodos (la tarifa con discriminación horaria más habitual) permite que un cliente contrate mayor potencia y pague una tarifa de acceso menor en las horas fuera de punta (por las noches y los fines de semana), y pague un precio más elevado por el uso de la red en las horas de punta (típicamente las horas de mayor consumo del sistema). Esto puede resultar ventajoso para consumos importantes que pueden usarse sin problema fuera de las horas punta, cuando la red eléctrica está más sobrada de capacidad, como por ejemplo una caldera de calefacción y agua caliente sanitaria dotada de un sistema de acumulación de calor.

23 horas permanezca ociosa. Es por ello que el primer cliente deberá pagar más que el segundo en concepto de peaje de acceso.

La tarifa de acceso paga los costes regulados del sistema: costes de las redes de transporte y distribución, primas y tarifas del régimen especial (renovables y cogeneración) y otros componentes de coste establecidos por la Administración, que no responden a actividades en competencia sino a actividades cuya retribución está fijada por el Gobierno. También paga las denominadas anualidades del déficit: cuando la tarifa de acceso es insuficiente para cubrir todos los costes (ya hablaremos más adelante de esto), se produce el denominado déficit de tarifa, aparece una insuficiencia de fondos que hay que financiar (como cuando pagamos un bien a plazos). Las tarifas de acceso de años posteriores deben incorporar una anualidad para ir recuperando y financiando las insuficiencias de años anteriores.

En esto, la tarifa de acceso española es relativamente inusual: en la mayoría de los países europeos la tarifa de acceso cubre fundamentalmente los costes de las redes de transporte y distribución, mientras que los apoyos al régimen especial se pagan mediante tasas o impuestos externos a la tarifa de acceso y el concepto de déficit de tarifa no existe. Se trata de una diferencia que debe tenerse muy en cuenta al comparar los precios del suministro eléctrico en España con los de otros países.[4] En lo sucesivo, nos referiremos al coste del apoyo al régimen especial y las anualidades del déficit como «costes de política energética», pues se trata de costes derivados de decisiones políticas (apoyar a las renovables y no trasladar a la tarifa de acceso todos los costes) externos al coste del suministro propiamente dicho.

Los ingresos por peajes de acceso normalmente son cobrados por el comercializador.[5] Este los entrega a la distribuidora que, a su vez, los entrega al sistema de liquidaciones gestionado por la Comisión Nacional de Energía. Es el sistema de liquidaciones el que reparte la recaudación entre todos los perceptores de ingresos regulados. El sistema de liquidaciones, la caja central del sistema eléctrico, constituye otro elemento particular del sistema eléctrico español. Los distribuidores actúan como recaudadores o ventanillas de cobro de ese sistema de liquidaciones, que reparte los fondos entre las empresas distribuidoras, el transportista, los operadores del régimen especial y otros agentes.

4. Los clientes pagan también una cantidad en concepto de pagos por capacidad, otro elemento de coste regulado que cubre la retribución que determinadas centrales reciben por estar disponibles, aunque no produzcan. La descripción detallada de estos pagos escapa al objetivo de este capítulo. Baste saber que es otro componente de coste regulado, que en los sucesivo englobaremos con la tarifa de acceso aunque, estrictamente hablando, sea algo diferente. Como la tarifa de acceso, se trata de un coste que soportan todos los clientes de manera equivalente, tanto en el suministro de último recurso como en el mercado libre.

5. Un cliente tiene derecho a contratar directamente el acceso a una distribuidora y pagarle el peaje de acceso a esta. No obstante, lo más frecuente es que lo haga a través del comercializador, y que este sea su contacto principal (y muchas veces único) con el sistema eléctrico.

— El *precio de la energía*. Es lo que el cliente paga por la energía que consume y que recibe a través de las redes de transporte y distribución. El precio de la energía se determina en el mercado mayorista y no obedece a decisiones administrativas, sino que es el resultado del cruce entre oferta y demanda en una serie de mercados en los que se negocian distintos productos en horizontes temporales diferentes (horas, días, meses o años). El precio mayorista refleja que la energía no vale lo mismo en diversos momentos del día o del año y que tampoco vale lo mismo cuando podemos prever su consumo con exactitud con horas o días de anticipación que cuando se trata de un consumo inesperado y no previsto. Para una descripción detallada del mercado mayorista y un análisis de este desde el punto de vista de la competencia, puede consultarse el capítulo «Competencia en el mercado mayorista de electricidad» en el *Anuario de la Competencia de 2009*, de esta misma serie.

La diferencia principal entre un cliente acogido a la tarifa de último recurso y otro en el mercado libre «normal» es que, en el segundo caso, cada comercializador es libre de aprovisionarse en el mercado mayorista como prefiera, combinando compras en mercados a plazo, en el mercado diario y en los mercados de servicios complementarios. Sin embargo, los comercializadores de último recurso están obligados a aprovisionarse a través de las denominadas subastas CESUR. A partir del resultado de estas subastas, se aplica una serie de cálculos para establecer la tarifa de último recurso. Estos cálculos son muy similares a los que lleva a cabo un comercializador de mercado libre y permiten recoger, por ejemplo, el efecto de los distintos perfiles de consumo que tienen los clientes, de los desvíos entre el consumo esperado y el real, así como otros factores similares.[6]

— El *margen comercial*. Este concepto incluye los costes de funcionamiento propios del comercializador (que incluirán, por ejemplo, los costes de *marketing* y publicidad, la atención comercial por teléfono, internet u oficinas, los costes de facturación, los gastos de gestión de la compra de energía, etc.), así como el margen de beneficio de aquel. Se trata de costes de una actividad libre, que no obedecen a decisiones administrativas. No obstante, en el

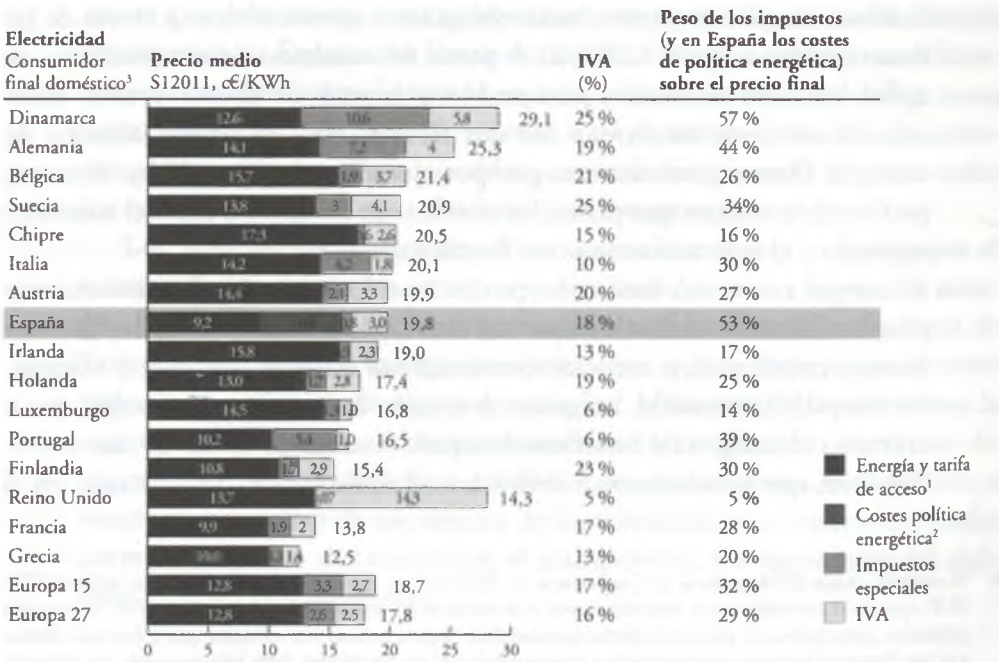
6. El capítulo citado del *Anuario de la Competencia de 2009* incluye una breve descripción de las subastas CESUR, que no repetiremos aquí. Posteriormente a la escritura de ese capítulo, las subastas CESUR han sido criticadas, principalmente porque se afirma que han dado lugar a precios más elevados que el mercado diario, y se han llegado a lanzar acusaciones más o menos veladas de manipulación. Ante esta situación, la Comisión Nacional de Energía ha llevado a cabo un análisis específico de varias de ellas, adicional a la validación habitual que realizan en cada convocatoria. Las conclusiones de este análisis se recogen en el informe «Informe CNE en relación a la supervisión de la negociación en el mercado OMIP y en el mercado OTC y su efecto en la 15ª y 16ª subastas cesur supervisadas por la CNE», 12 de julio de 2012. En este informe la CNE realiza un análisis exhaustivo de las subastas y de la evolución de los mercados a plazo antes y después de estas, tratando de encontrar indicios de manipulación. Las CNE concluye que «El análisis de las posiciones finales de los agentes muestra heterogeneidad y de la estructura de la negociación del contrato Q3-11 y Q4-11 no se tienen indicios de comportamientos que pudieran suponer una manipulación del mercado» y que «del análisis detallado de las transacciones realizadas por los agentes con mayor actividad en la negociación del contrato Q3-11 y Q4-11 no se desprende evidencia de comportamientos que pudieran dar lugar a una posible manipulación del mercado.»

caso de la tarifa de último recurso, el margen comercial que se puede cargar a cada cliente también es un componente regulado.

De estos tres componentes de coste, el peaje de acceso es el único que, según establece la Ley del Sector Eléctrico, ha de aparecer desglosado en la factura que paga el consumidor final. Además, al coste del suministro hay que incorporarle impuestos (el IVA y el impuesto especial sobre la electricidad).

La figura siguiente muestra una comparación de los precios del suministro eléctrico para clientes domésticos en la Unión Europea. El tramo oscuro representa el coste de energía, la tarifa de acceso y el margen comercial: se trata del precio del suministro eléctrico propiamente dicho, la suma de los tres componentes mencionados. Se presentan también los impuestos especiales y el IVA. En el caso español hay un cuarto componente, que corresponde a lo que hemos denominado «costes de política energética». Se trata de costes que están incluidos en los peajes de acceso pero que, estrictamente hablando, no constituyen costes del suministro: se trata, como ya hemos comentado anteriormente, de las ayudas al régimen especial y las anualidades del déficit.

Gráfico 1



1. Excluye impuestos (i. e. IVA e impuestos especiales). En España excluye también los costes de política energética (i. e. anualidades del déficit y primas de régimen especial).
2. En España incluye costes de régimen especial, anualidades del déficit, para un consumidor doméstico 6,77c€/kWh (3,45 c€/kWh por 1,96). La media del régimen especial y de las anualidades del déficit fueron 3,45 €/kWh (6.744M€ y 1.816 M€ en 2011, respectivamente; demanda 248 TWh). El peaje de acceso medio es de 4,86 c€/kWh, para un consumidor doméstico es de 9,53 c€/kWh (1,96 veces más, contrato 2.0A).
3. Precio del consumidor final doméstico en la banda de consumo situada entre 2.500 kWh y 5.000 kWh.
4. IVA español adaptado al incremento de julio de 2011 (en que pasó del 16 al 18%).

Fuente: Eurostat, Enerdata.

Las ayudas al régimen especial las hemos separado porque, en el caso español, se incluyen en la tarifa de acceso, mientras que en muchos otros países de la UE estas ayudas se cubren con tasas o impuestos y no se engloban en el coste del suministro.[7]

La anualidad del déficit, que también se incluye en la tarifa de acceso, es la parte de esta que va destinada a recuperar y financiar las insuficiencias tarifarias de años anteriores. Se trata de una especificidad española, por lo que hemos optado por representarla separadamente, de modo que se puedan comparar los costes estrictos del suministro entre los diversos países.

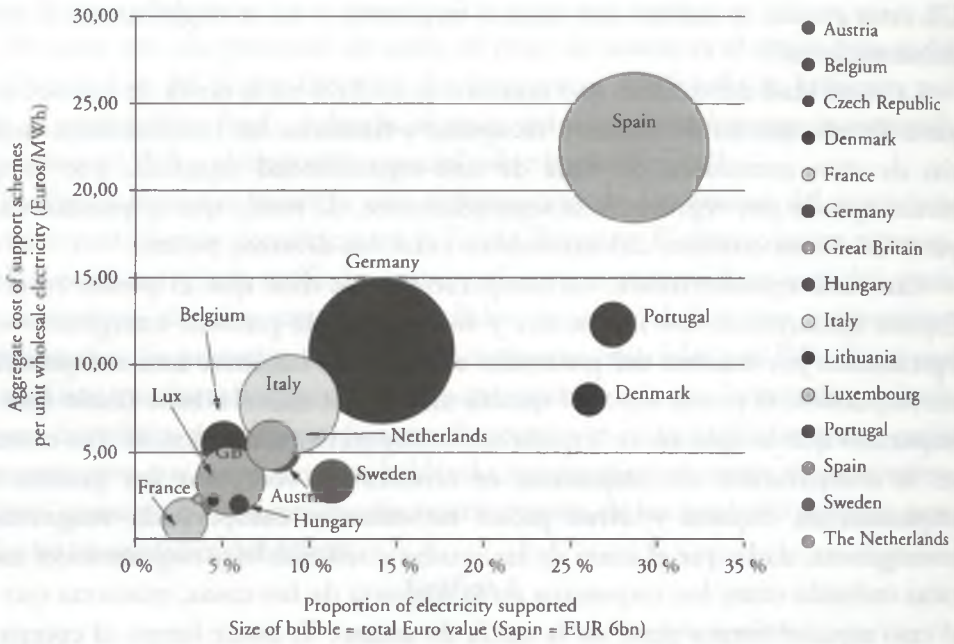
Con esta representación, la comparación nos dice que el precio total en España (incluyendo los impuestos y los «costes de política energética» está ligeramente por encima del promedio europeo. Si hacemos una comparación sin impuestos, el precio español resulta uno de los más elevados (dado que los impuestos que se aplican en España son comparativamente bajos). No obstante, la comparación sin impuestos es errónea: al comparar los precios sin impuestos en España y otros países no estamos comparando magnitudes homogéneas, dado que el coste de las ayudas a renovables y cogeneración suele estar incluido entre los impuestos en la mayoría de los casos, mientras que en el caso español forma parte de la tarifa de acceso. Y, desde luego, si comparamos el coste sin impuestos y sin costes de política energética, el suministro en España resulta de los más competitivos.

Por ello consideramos que la comparativa de precios debe hacerse con impuestos o separando adecuadamente los costes de política energética de los «verdaderos» costes del suministro.

El siguiente gráfico muestra el coste del apoyo a las renovables en los distintos países de la Unión Europea:

7. «COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT, Energy Markets in the European Union in 2011, Accompanying the COMMUNICATION FROM THE COMMISSION TO THE EUROPEAN PARLIAMENT, THE COUNCIL, THE EUROPEAN ECONOMIC AND SOCIAL COMMITTEE AND THE COMMITTEE OF THE REGIONS/Making the internal energy market work», SWD(2012) 368, pág. 198.

Gráfico 2



El análisis de estos datos pone de manifiesto que el nivel relativamente elevado de los precios de la electricidad en España no se debe al coste del suministro propiamente dicho, sino a los citados costes de política energética. Es más, si analizamos la evolución temporal de los precios, los informes de Eurostat (la oficina estadística de la Unión Europea) ponen de manifiesto que el precio español es, en los últimos años, uno de los que crece más deprisa. Pero, de nuevo, este crecimiento no se debe a la evolución del precio de la energía o del coste de las redes, sino al incremento de las ayudas al régimen especial y a las anualidades del déficit. Según datos de la CNE, entre 2005 y 2010 las ayudas al régimen especial se han multiplicado casi por cinco, y las anualidades del déficit por siete.

En relación con el tercer componente del coste, el margen comercial, hay que destacar que se trata de márgenes bastante ajustados. La CNE en su informe de 13 de septiembre de 2012 sobre evolución de la competencia en los mercados de gas y electricidad recoge una estimación de los márgenes brutos obtenidos por los comercializadores durante el periodo julio 2010-junio 2011 y pone de manifiesto los escasos márgenes comerciales que ofrece la actividad de comercialización, en particular, para el segmento doméstico: estos márgenes se estiman en 8 €/MWh.[8]

8. Según el *Informe CNE sobre la evolución de la competencia en los mercados de gas y electricidad* (periodo 2008-2010 y avance 2001), pág. 93:
El margen bruto entre el precio de suministro de energía y el coste estimado de adquisición de la energía (sin tener en cuenta costes comerciales) para el segmento pymes (14 €/MWh) contrasta con los 8 €/MWh obtenidos en el segmento doméstico y los 5 €/MWh en el segmento industrial. Este hecho parece indicar lo siguiente:

Esta cifra ha de cubrir no solo el beneficio de la actividad, sino todos los costes operativos de esta, lo que explica la escasa entrada de operadores en dicho mercado.

Evolución de la normativa sobre comercialización

Análisis evolutivo del proceso de liberalización de los mercados minoristas

La liberalización de la comercialización ha sido introducida de forma gradual: la Ley del Sector Eléctrico estableció un calendario para la introducción progresiva (con sucesivas ampliaciones del colectivo de clientes que tenía derecho a contratar con un comercializador en mercado libre) que, posteriormente, fue adelantado sustancialmente, de modo que todos los clientes de alta tensión tuvieron capacidad para elegir suministrador desde el 1 de julio de 2000 y el resto de los clientes desde el 1 de enero de 2003.

Los hitos previstos en el calendario de liberalización suponían la adquisición del derecho de elección del suministrador por parte del cliente, pero no la obligación de adquirir su energía en el mercado liberalizado. De este modo, el suministro eléctrico ha sido realizado en paralelo por las distribuidoras, que vendían la electricidad a un precio previamente fijado por la Administración a través de la tarifa integral, y las comercializadoras, que vendían la electricidad a los llamados «consumidores cualificados» o «consumidores en mercado libre», lo que ha supuesto que, durante largos años, hayan convivido dos regímenes jurídicos diferenciados: el suministro a tarifa integral y el suministro libre que, necesariamente, debía ir acompañado del correspondiente contrato de acceso a las redes.

Además del calendario de acceso al mercado libre, el proceso de liberalización en el mercado minorista se ha apoyado en la desaparición progresiva de las tarifas integrales: el colectivo de clientes con derecho a estas (que se solapaba con los clientes cualificados) se iba reduciendo también gradualmente.

Pues bien, atendiendo a los calendarios de apertura de estos mercados y de desaparición de las tarifas integrales, y a otros factores de política energética y regulación, es posible diferenciar cuatro etapas:

En el caso del segmento doméstico, las ofertas en el mercado libre están totalmente condicionadas por la existencia de una tarifa de último recurso. De hecho, las estimaciones realizadas muestran que si se incluye el margen comercial reconocido en la tarifa de último recurso, los márgenes llegan a ser nulos, todo ello, teniendo en cuenta las hipótesis de cobertura realizadas en el citado informe.

Periodo 1998-2003

Se caracteriza por una liberalización progresiva del segmento de los grandes clientes pues, efectivamente, la normativa previó inicialmente que, a partir del 1 de enero de 1998, adquirirían la condición de cualificados los consumidores con un volumen de consumo anual superior a los 15 GWh y, posteriormente, a partir del 1 de enero del 2000, 2002 y 2004, los consumidores con consumos anuales de 9 GWh, 5 GWh y 1 GWh, respectivamente. Dicho calendario fue, posteriormente, adelantado mediante el Real Decreto 2820/1998, y, seguidamente, mediante el Real Decreto Ley 6/1999, de medidas urgentes para la liberalización e incremento de la competencia, que introdujo el 1 de julio del 2000 como nueva fecha para la liberalización de todos los clientes de alta tensión.

Periodo 2003- 2008

A partir de 2005 se produce un incremento de precios en el mercado mayorista, que no fue trasladado a las tarifas reguladas y que tuvo tres efectos inmediatos indeseables:

— En primer lugar, un estancamiento y posterior retroceso del grado de liberalización, dado que los clientes podían obtener mejores precios a través de la tarifa integral que el que podía ser ofertado por los comercializadores. La tarifa integral no incorporaba los precios de mercado más altos, mientras que los comercializadores no tenían más remedio que trasladar el incremento a sus clientes.
— En segundo lugar la vuelta masiva de los clientes al segmento regulado del mercado, que ofrecía unos precios más bajos.
— Y en tercer lugar, un incremento significativo del déficit de ingresos, dado que la tarifa integral no incorporaba la totalidad del coste de generación. A día de hoy, seguimos arrastrando y padeciendo el denominado déficit de tarifa, que empezó a acumularse en este periodo.

Periodo 2008-2009

El anuncio del fin de las tarifas de alta tensión y su desaparición el 1 de julio de 2008 ha sido uno de los instrumentos regulatorios que con mayor intensidad ha contribuido a liberalizar el sector eléctrico español. En efecto, la apuesta decidida, y sin marcha atrás, hacia un mercado en el que las comercializadoras podían competir libremente ha posibilitado un mercado competitivo real en alta tensión.

El Real Decreto 871/2007, de 29 de junio, suprimió las tarifas generales de alta tensión, permitiendo que la mayor parte de los clientes de alta tensión

pasaran al segmento liberalizado del mercado. La única excepción tuvo lugar respecto a los consumidores industriales sujetos a la tarifa G4,[9] cuya salida al segmento libre del mercado fue realizada de forma más ralentizada, de modo que el legislador retrasó la desaparición de esta tarifa hasta la fecha de entrada en vigor de la tarifa de último recurso.[10] La tarifa G4 dio lugar a la iniciación de un procedimiento de investigación ex artículo 108.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) por una supuesta vulneración de la normativa de ayudas de Estado. Si bien a la fecha de terminación del presente artículo la Comisión Europea aún no ha emitido una decisión al respecto, en el acuerdo de incoación formal del procedimiento aquella considera que dichas tarifas ofrecen a determinados grandes consumidores industriales la posibilidad de adquirir la electricidad a un precio inferior al de mercado y les confiere una ventaja competitiva subsumible bajo la normativa de ayudas de Estado.[11]

Periodo 2009 - actualidad

La desaparición total de las tarifas integrales a partir del 1 de julio de 2009 fue el paso definitivo hacia la total liberalización del sector eléctrico. En virtud del nuevo modelo, los distribuidores dejan de realizar la actividad de suministro y esta pasa a ser ejercida en su totalidad por los comercializadores en libre competencia, siendo los consumidores de electricidad quienes eligen libremente a su comercializador. Adicionalmente, se introduce el Suministro de Último Recurso (SUR), aplicable a todos aquellos consumidores en baja tensión con potencia contratada por debajo de 10 kW, que será realizado por los Comercializadores de Último Recurso (CUR), siendo considerados a todos los efectos como clientes liberalizados y los CUR comercializadores libres.

9. Se trataba de una tarifa reservada a cinco consumidores con consumos muy elevados, correspondientes a grandes instalaciones industriales.

10. Disposición Transitoria Octava Orden ITC/3801/2008. Régimen transitorio de los clientes acogidos a 31 de diciembre de 2008 a la tarifa G.4.

Entre el 1 de enero y hasta la fecha de entrada en vigor efectiva de la tarifa de último recurso, los consumidores que a 31 de diciembre de 2008 estuvieran acogidos a la tarifa G.4, pagarán a partir del 1 de enero de 2009 los precios que figuran en el siguiente cuadro y se aplicarán tanto a la potencia como a la energía demandada. Asimismo se aplicarán los complementos por discriminación horaria y energía reactiva.

Término de potencia Término de energía Tp: €/kW mes Te: €/kWh 13,81560,015824. A partir del mes de febrero dichos precios se incrementarán mensualmente un 5%. Asimismo, durante este periodo se mantendrán las obligaciones contractuales en relación con el sistema de interrumpibilidad.

11. Asunto C3/2007 (NN 66/2006)–España. Tarifas eléctricas reguladas.

Medidas adicionales de fomento de la competencia

Además de la gradual desaparición de las tarifas integrales, el legislador español ha introducido durante los últimos años otras medidas con el objeto de fomentar la competencia en los mercados minoristas de comercialización en España.

Destacan, entre otras, medidas destinadas a fomentar el cambio de suministrador, así como a facilitar la transparencia e información sobre las distintas ofertas existentes en el mercado. Igualmente, se han adoptado medidas tendentes a garantizar la separación funcional entre actividades reguladas y liberalizadas e introducido una obligación *ex novo* para las empresas distribuidoras de facilitar a los comercializadores acceso a información sobre los consumidores; cuestión que, como veremos, no solo resulta ser particularmente novedosa en el ámbito nacional, sino también comunitario.

A continuación se exponen cada una de estas medidas.

La Oficina de Cambios de Suministrador

El Real Decreto 1011/2009, de 19 de junio, por el que se regula la Oficina de Cambio de Suministrador (Real Decreto 1011/2009) introduce una figura novedosa en nuestro ordenamiento, consistente en una sociedad mercantil independiente con objeto social exclusivo, que realiza sus funciones simultáneamente en los sectores del gas natural y de la electricidad y cuyo objeto principal es supervisar que los cambios de suministrador se realizan de forma suficientemente objetiva, independiente y transparente.

La Oficina de Cambios de Suministrador, OCSUM, es propiedad de todas las empresas distribuidoras y comercializadoras de gas y electricidad, de acuerdo a porcentajes que se corresponden con las cuotas de mercado de unos y otros y actúa bajo la supervisión de la CNE. Las funciones de la OCSUM, establecidas en el Real Decreto mencionado, son las siguientes:

— Elaboración de informes mensuales, trimestrales y anuales sobre procesos de cambio de suministrador, permanentemente adaptados y mejorados para responder a requerimientos de la CNE. Para esto se apoya en un sistema de solicitud de información a distribuidores y comercializadores.
— Respuesta a requerimientos específicos de la CNE y el Ministerio de Industria en relación con diversos aspectos del proceso de cambios de suministrador.
— Mantenimiento y actualización de un Centro de Información sobre el Cambio de Suministrador en la página web de OCSUM, que proporciona información detallada sobre procedimiento de cambio, requisitos e información para el cambio, los plazos y efectos del cambio de suministrador y la relación de comercializadores existentes.

— Participación en distintos Foros para contribuir a difundir a la sociedad la liberalización de los mercados de gas y electricidad.
— Formación y envío de información sobre procedimientos de cambio de suministrador a agentes existentes, y a nuevos entrantes.
— Cesión a los comercializadores de información de bases de datos de puntos de suministro.
— Verificación del efectivo consentimiento del consumidor al cambio de suministrador.

La Oficina sirve de foro de encuentro a todos los agentes del sector, con la participación de la CNE, mediante una serie de grupos de trabajo que formulan propuestas de normalización y regulación orientadas a facilitar los cambios de suministrador.

Flexibilización de los mecanismos de consentimiento al cambio de suministrador

También con el objeto de facilitar el cambio de comercializador en los mercados minoristas, la Orden ITC/1659/2009 establece en su Disposición Adicional Primera la posibilidad de que la conformidad del cliente al cambio de suministrador pueda ser efectuada a través de cualquier medio contrastable, recayendo únicamente sobre el comercializador la obligación de custodiar todos los documentos que sirvan para probar dicha conformidad. En relación a esta cuestión, pero en el ámbito del sector del gas, con fecha 29 de julio de 2011, la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) dictó una resolución contra Gas Natural Distribución al considerar que esta había abusado de su posición de dominio y, en consecuencia, infringido el artículo 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) y el artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) al denegar las solicitudes de cambio de suministrador formuladas por otro competidor cuando este aportaba la conformidad del consumidor mediante grabaciones telefónicas. Según la autoridad de competencia, dicha actuación, además de no estar justificada, permitió al grupo Gas Natural que los consumidores permaneciesen con el suministrador de su grupo.[12]

Introducción del sistema de comparación de precios

También con objeto de fomentar el cambio de comercializador, la Orden ITC/3519/2009, de 28 de diciembre, por la que se revisan los peajes de acceso a partir de 1 de enero de 2010 y las tarifas y primas de las instalaciones de régimen

12. Resolución del Consejo de la CNC de 29 de julio de 2011, Expediente S/0184/09–Gas Natural.

especial, introdujo un sistema de comparación de precios sobre la base de las ofertas realizadas por las empresas comercializadoras, todo ello con el objeto de facilitar a los consumidores el acceso a una información lo más completa y transparente posible. De este modo, las compañías comercializadoras están obligadas a comunicar sus ofertas a la CNE con el objeto de permitir a esta la publicación en su página web de una herramienta de comparación de ofertas.[13]

Acceso incondicionado y gratuito al Sistema de Información de Puntos de Suministro

Otra de las medidas introducidas por el legislador para fomentar la competencia en los mercados minoristas ha sido la modificación del contenido y condiciones de acceso al denominado Sistema de Información de Puntos de Suministro de la distribuidora, también llamado SIPS.

El SIPS es una base de datos que las empresas distribuidoras deben disponer desde principios del año 2003. En dicha base de datos se incluye una gran variedad de información sobre los clientes conectados a las redes de distribución: consumos del último año, potencia contratada, potencia máxima autorizada, tensión, dirección del punto de suministro, CUPS (Código Universal de Punto de Suministro), tipo de equipo de medida, etc.

Pues bien, las condiciones de acceso y el contenido de dicha base de datos ha ido modificándose a lo largo del tiempo:

— A partir del 1 de enero de 2003, el Real Decreto 1435/2002, de 27 de diciembre, por el que se regulan las condiciones básicas de los contratos de adquisición de energía y de acceso a las redes de baja tensión, establece la obligación a los distribuidores de disponer de una base de datos de los clientes de baja tensión. Los comercializadores tenían acceso tan solo a unos campos de esa base de datos (fundamentalmente ubicación, tensión y CUPS, pero no potencias ni consumos).

— A partir del 24 de diciembre de 2005, los comercializadores tienen acceso a todo el contenido de la base de datos. El acceso se realizaba a través del Código Universal de Puntos de Suministro del cliente («CUPS») y, por tanto, no era un acceso ni masivo ni incondicionado. La CNE, como órgano regulador, a petición del Ministerio de Economía, estableció una serie de procedimientos que regulaban el acceso al SIPS. Concretamente, en el denominado «Flujograma de Procesos y Validaciones de Contratación», elaborado en el seno de un comité de trabajo dirigido por la CNE y publicado por dicho organismo, se estableció que el acceso a la base de datos de las distribuidoras debería realizarse punto por punto y previa aportación de determinada información.

13. www.comparador.cne.es.

Este sistema permitía que, cada vez que un consumidor tuviera contacto con un cliente, pudiera solicitar a la distribuidora la correspondiente información detallada sobre este, útil para preparar una oferta comercial.

— Fue la Orden ITC/3860/2007, de 28 de diciembre, la que, por primera vez, introdujo en nuestro ordenamiento jurídico el derecho de los comercializadores a acceder de forma masiva e incondicionada a la información obrante en el SIPS de los distribuidores y, correlativamente impuso a estos la obligación *ex novo* de facilitar a aquellos el acceso. Este acceso masivo e incondicionado existe desde el 1 de enero de 2008. La Orden estableció un periodo transitorio de dos meses, lo que evidencia que estas exigencias eran nuevas y no estaban previstas en anteriores regulaciones. El acceso incondicionado a la base de datos permite el tratamiento masivo de la información, lo que facilita la segmentación del mercado para dirigir esfuerzos comerciales en determinadas zonas con margen comercial.

La Audiencia Nacional suspendió cautelarmente la Disposición Adicional Tercera de la Orden ITC/3860/2007, hasta que la Orden ITC 694/2008 introdujo un nuevo apartado a Orden ITC/3860/2007, que establece que los clientes pueden mostrar por escrito su deseo que sus datos no sean accesibles, lo que llevó al levantamiento de la citada suspensión cautelar.

— Posteriormente, el Real Decreto 1011/2009, de 19 de junio, por el que se regula la Oficina de Cambios de Suministrador modifica el artículo 7 del Real Decreto 1435/2002, ampliando los campos de información que debían estar recogidos en el SIPS. De este modo se incluye el nombre o razón social del cliente, información sobre impagos. y la existencia o no de depósito de garantía. Además, este RD modifica el ámbito de aplicación de la base de datos SIPS, incluyendo tanto a los clientes de baja tensión como a los de alta.

El acceso al SIPS constituye una novedad regulatoria, pues en ningún país de nuestro entorno —alguno de los cuales tiene un nivel de liberalización mayor que el alcanzado en España— existe un sistema de información con el detalle y grado de accesibilidad (totalmente incondicionado y sin ningún límite desde el punto de vista de la normativa de protección de datos personales) al existente en nuestro país. La CNE ha llamado, por su parte, la atención sobre la asimetría existente entre el sector del gas y electricidad en España pues, hasta la fecha, la normativa gasista no recoge un tipo específico de infracción ante un supuesto incumplimiento por parte de las distribuidoras de gas asociado a la negativa de acceso a la base de datos de puntos de suministro, mientras que en la normativa eléctrica dicha actuación se considera una infracción grave.[14]

14. Informe CNE de 13 de septiembre de 2012 sobre evolución de la competencia en los mercados de gas y electricidad (periodo 2008-2010 y avance 2011), pág. 38. La CNE propone, en este sentido: «establecer tipos específicos de infracciones por incumplimiento por los distribuidores y comercializadores asociadas a los procesos de cambio de suministrador y acceso a las bases de puntos de suministro de gas».

Pues bien, no podemos pasar por alto el hecho de que, antes de que se publicara la Orden ITC/3860/2007 y, por tanto, se introdujera en nuestro ordenamiento la obligación *ex novo* de las distribuidoras de ofrecer un acceso incondicionado y masivo al registro de puntos de suministro, la CNC abrió expedientes sancionadores a las cinco grandes empresas distribuidoras de electricidad en España, al entender que el ofrecimiento de un acceso condicionado a su base de datos constituía una conducta abusiva equiparable a una negativa de acceso.[15]

En opinión de la CNC, el hecho de que la operativa llevada a cabo por las empresas distribuidoras hasta la entrada en vigor de la Orden ITC/3860/2007 apareciera regulada en un documento de trabajo de la CNE (el ya citado «Flujograma de Procesos») no era justificación suficiente, dado que no se trataba de un documento de carácter normativo[16]. Entendió la CNC, en este sentido, que ante situaciones de vacío legal, la especial responsabilidad que incumbe a las empresas en posición de dominio les obliga a comportarse siempre de la forma más competitiva posible en el mercado, incluso aunque otro tipo de comportamientos no resulten contrarios al marco regulatorio aplicable —la normativa sectorial eléctrica en el presente caso.

A través de dichos asuntos, la autoridad de competencia pone de manifiesto, por tanto, la obligación de las empresas en posición de dominio de realizar una interpretación lo más «pro-competitiva» posible de la normativa aplicable.

Y es que, si bien es cierto que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha defendido que el respeto del marco regulador vigente no garantiza la conformidad de una conducta con la normativa de competencia[17], ante situaciones de vacío legal la cuestión resulta ser más compleja, pues se impone a las empresas en posición de dominio una obligación adicional —que, por cierto, parece ser más propia del regulador— consistente en identificar y aplicar la interpretación «más pro-competitiva posible» de la norma.

Hay que destacar que, en este caso, esa interpretación pro-competitiva de la norma ya había sido realizada por la CNE a través de un documento de trabajo (el «Flujograma de procesos») elaborado en coordinación con los agentes del sector en el que expresamente se establecían las condiciones necesarias para acceder a las bases de datos de las empresas distribuidoras. Es por ceñirse a estas condiciones por lo que posteriormente estas fueron fuertemente sancionadas. El estándar de diligencia que a través de los referidos asuntos se impone a las empresas en posi-

15. Resoluciones del Consejo de la CNC de 2 de abril de 2009 Céntrica/Endesa, Expediente 641/08; Céntrica/Iberdrola Expediente 644/08; Céntrica/Unión, Fenosa Expediente 642/08 y Céntrica/Viesgo, Expediente 643/08. Ver, también, Resolución del Consejo de la CNC de 22 de abril de 2009 Céntrica/Hidrocantábrico, Expediente 645/08.

16. www.cne.es. Elegibilidad 2003. Propuestas normativas relativas a la gestión y administración de contratos y equipos de medida.

17. Ver, por ejemplo, en relación al sector de las telecomunicaciones Sentencia del Tribunal General de 29 de marzo de 2012, Asunto T-336/07, *Telefónica c. Comisión Europea*, apartados 299 y ss.

ción de dominio, además de elevado, resulta enormemente complejo, pues se traslada al terreno de lo interpretativo.

Y frente a lo anteriormente indicado, también es cierto que no todos los órganos judiciales han compartido dicha postura. Así, por ejemplo, el Juzgado de lo Mercantil Número 5 de Madrid consideró, en relación a un asunto relativo al sector de las telecomunicaciones que, ante una situación de vacío legal equivalente a la expuesta en los asuntos anteriormente referidos, no corresponde a las empresas en posición de dominio adoptar medidas comerciales que fomenten la competencia en dichos sectores, sustituyendo así la labor del legislador pues, efectivamente, no está en absoluto claro cuáles son las obligaciones y límites de actuación atribuibles a las empresas en posición de dominio ante situaciones de vacío legal.[18]

Medidas de refuerzo de la separación funcional de actividades entre empresas distribuidoras y comercializadoras

Desde la aprobación de la Ley del Sector Eléctrico en 1997, que ya introdujo obligaciones de separación entre negocios regulados y liberalizados, se han ido introduciendo nuevas medidas tendentes a incrementar esta separación, con el objeto de garantizar una actuación independiente y objetiva por parte de los distribuidores y transportistas.

Ciñéndonos a los cambios introducidos en 2012, el Real Decreto-Ley 13/2012 obliga a las sociedades que desarrollan actividades reguladas a remitir, antes del 31 de marzo de cada año, al Ministerio de Industria, Energía y Turismo y a la CNE, códigos de conducta de separación funcional, y a designar un encargado de cumplimiento de las obligaciones de separación, que será independiente y tendrá acceso a toda la información necesaria. Este encargado de supervisión deberá remitir anualmente un informe de cumplimiento de las medidas adoptadas.[19]

18. Sentencia del Juzgado de lo Mercantil Número 5 de Madrid, de 11 de noviembre de 2005, Telefónica/Conduit FD 5.ª.

19. El artículo 1 del Real Decreto-Ley 13/2012, de 30 de marzo, modifica el artículo 14 de la LSE en el siguiente sentido:
Los párrafos a) y d) del apartado 2 del artículo 14 quedan redactados como sigue y se incluye un nuevo párrafo e) con la siguiente redacción:
a) Las personas responsables de la gestión de sociedades que realicen actividades reguladas no podrán participar en estructuras organizativas del grupo empresarial que sean responsables, directa o indirectamente, de la gestión cotidiana de actividades de generación, comercialización o de servicios de recarga energética. Adicionalmente, y sin perjuicio de lo ya establecido en el segundo párrafo del artículo 35.2 de la presente Ley en materia de transportista único y de exclusividad de desarrollo de la actividad de transporte, el responsable de administración de la red de distribución no podrá participar en la gestión cotidiana de las actividades de transporte.
(...)
d) Las sociedades que realicen actividades reguladas establecerán un código de conducta en el que se expongan las medidas adoptadas para garantizar el cumplimiento de lo estipulado en los párrafos a), b) y c) anteriores.

Resulta llamativo, en este sentido, que el Real Decreto-Ley 13/2012 no incorpore la figura de encargado de supervisión, ni establezca un plazo de remisión del código para el sector del gas, produciéndose así un tratamiento legislativo asimétrico entre ambos sectores.

Por último, y sin ánimo de exhaustividad, se establece la obligación de las empresas distribuidoras verticalmente integradas de no crear confusión en la información y presentación de su marca e imagen respecto a la identidad propia de las filiales de su mismo grupo que realicen actividades de comercialización,[20] cuestión que ya había sido apuntada por la CNC en diversos informes previos y que viene a transponer lo establecido en el artículo 26.3 de la Directiva 2009/72/CE.[21]

Al mismo tiempo, se ha reforzado la capacidad de supervisión de la CNE en esta materia pues, en virtud del Real Decreto-Ley 13/2012, adquiere la potestad de dictar instrucciones jurídicamente vinculantes, así como de imponer sanciones ante un supuesto incumplimiento de las obligaciones relativas a la separación de actividades.

Lecciones sobre la liberalizacion en el mercado eléctrico minorista

Pese a las medidas anteriormente citadas y los avances realizados durante los últimos años, lo cierto es que el problema del déficit estructural de tarifa y la coexistencia de tarifas reguladas y liberalizadas han dañado de forma severa las condiciones de competencia en los mercados minoristas.

En este apartado serán desarrollados estos dos aspectos, sus efectos en el mercado, así como referencias de casos similares, y las actuaciones seguidas por las autoridades de competencia.

Primer impedimento a la liberalización: el déficit de tarifa

La regulación del sector eléctrico en España ha fomentado que durante largos años se haya producido un desequilibrio entre los ingresos que se recaudan a través de los peajes de acceso y los costes reales asociados a dichas tarifas, generándose lo que

---

Dicho código de conducta establecerá obligaciones específicas de los empleados, y su cumplimiento será objeto de la adecuada supervisión y evaluación por la persona u órgano competente designado por la sociedad a tal efecto. El encargado de evaluar el cumplimiento será totalmente independiente y tendrá acceso a toda la información de la sociedad y de cualquiera de sus empresas filiales que requiera para el desempeño de su función.

Anualmente, el encargado de supervisión presentará un informe al Ministerio de Industria, Energía y Turismo y a la Comisión Nacional de Energía, que será publicado en el Boletín Oficial del Estado, indicando las medidas adoptadas para lograr el cumplimiento de lo estipulado en los párrafos a), b) y c) anteriores.

e) La separación de actividades y, en particular, la separación funcional, a cuyo efecto las empresas obligadas deberán remitir al Ministerio de Industria, Energía y Turismo y a la Comisión Nacional de Energía el código de conducta previsto en el artículo 14.2.d) de la presente Ley antes del 31 de marzo de cada año (...).

20. Artículo 1 del Real Decreto-Ley 13/2012, de 30 de marzo.

21. Informe CNC IPN 57/11. Anteproyecto de Ley de modificación de la Ley del Sector Eléctrico.

se conoce como déficit de tarifa. Dicho en otros términos, el déficit de tarifa, también llamado déficit de ingresos de las liquidaciones, se genera como consecuencia de la insuficiencia de los ingresos obtenidos a través de los peajes de acceso para retribuir los costes regulados reconocidos del sistema eléctrico español.[22]

Los ingresos regulados del sistema resultan, fundamentalmente, de los peajes de acceso a las redes de transporte y distribución que son establecidos por el Ministro de Industria, Energía y Turismo previo acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, de conformidad con lo previsto en el artículo 17.1 de la Ley del Sector Eléctrico.

Por su parte, los costes regulados del sistema eléctrico español son de diversa naturaleza ya que, por un lado, i) se encuentran aquellos asociados a la actividad de transporte y distribución y a la generación insular y extrapeninsular,[23] por otro, ii) las primas a la generación renovable y cogeneración, iii) pero también la propia financiación del déficit de años anteriores, iv) así como otra serie de costes que legalmente deben ser incluidos (como la financiación de la propia Comisión Nacional de Energía y otras partidas menores establecidas en la legislación).

Si bien es cierto que la LSE proclama en su artículo 18 el principio de suficiencia tarifaria, esto es, la necesidad de que las tarifas cubran todos los costes necesarios para que el suministro eléctrico se preste en condiciones de eficiencia y calidad sin, por otro lado, ocasionar distorsiones de la competencia en el mercado, la realidad ha sido, sin embargo, bien distinta, ya que, durante largos años, las tarifas se han mantenido a niveles artificialmente bajos y no han cubierto los costes necesarios para el suministro.

Es preciso indicar que las cantidades resultantes del déficit no son en absoluto despreciables, pues solo en el año 2011 el déficit ascendió a 3.850 millones de euros[24] y el déficit acumulado desde el año 2000 hasta el ejercicio 2011 ha ascendido a 29.575 millones de euros.

Por lo demás, la causa principal de los déficits se debe a un conjunto de decisiones políticas. Anualmente, se establecía la tarifa integral sin pretender realmente que esta permitiera recuperar todos los costes del sistema, sino simplemente a partir del incremento admisible sobre la tarifa del año anterior. Se tomó la decisión política de utilizar la tarifa como un elemento de control de la inflación, tratando de moderar sus incrementos independientemente de cuál fuera la evolución real de los costes del suministro. Se optó también por incorporar en la tarifa la totali-

22. El Real Decreto-Ley 14/2010, de 23 de diciembre, por el que se establecen medidas urgentes para la corrección del déficit tarifario del sector eléctrico ha definido el déficit también en este mismo sentido, al indicar que este responde a: «la diferencia entre los ingresos procedentes de los peajes de acceso a las redes de transporte y distribución de energía eléctrica y los costes de las actividades reguladas del sector eléctrico que deben cubrir» (Preámbulo, apartado 1 del Real Decreto-Ley 14/2010).

23. La generación extrapeninsular e insular, a pesar de tratarse de una actividad libre, como la generación peninsular, tiene ingresos regulados, según lo establecido en el artículo 12 de la Ley del Sector Eléctrico, desarrollado por el RD 1747/2003.

24. Fuente: Liquidación Provisional 14/2011 publicada por la CNE.

dad de los costes regulados, por lo que el precio de la energía implícito en la tarifa integral acababa siendo la variable de cierre.

De este modo, la tarifa de cada año no se basaba en una estimación del precio de la energía (que hubiera sido posible, pues ya existía un mercado a plazo razonablemente líquido), sino en el precio de la energía que «cabía» para dar lugar a una tarifa con un incremento políticamente aceptable que incorporara todos los costes regulados. Esto no se reconocía públicamente: los sucesivos expedientes de tarifas simplemente incluían un coste de energía como hipótesis de partida, pero este coste se revelaba insuficiente: al cabo de pocos meses el coste de energía ya acumulado alcanzaba el que se había previsto para todo el año y a partir de ese momento empezaba a crecer el déficit. El sistema se basaba en la ficción de que la previsión de precio sobre la que se basaba la tarifa se revelaba incorrecta a mitad de año.

Este era el denominado déficit *ex post* Se partía de un expediente de tarifas equilibrado, aparentemente sin déficit y, tras varios meses, se «descubría» que el precio de energía era erróneo y que faltaban ingresos. La legislación estableció un mecanismo por el que algunos generadores financiaban ese déficit, proporcionaban los fondos que faltaban para que el sistema siguiera funcionando. Y tras reconocerse la existencia de este déficit *ex post* se reconocía en la normativa el derecho a que los financiadores recibieran un porcentaje de la tarifa de los años posteriores, para recuperar lo financiado.

Este mecanismo tenía varios problemas:

- Daba una señal de precio errónea a los consumidores, que creían que el suministro eléctrico era más barato de lo que en realidad era, y no eran conscientes de que lo estaban pagando «a plazos».
- Creaba incertidumbre regulatoria, que afectaba a los mercados financieros y a la valoración bursátil de las empresas eléctricas financiadoras: cada año, cuando empezaban a faltar ingresos y los generadores tenían que financiarlos, surgía la duda sobre si posteriormente podrían recuperar las cantidades financiadas. Normalmente transcurrían algunos meses hasta que este derecho de recuperación era reconocido por la normativa.
- Introducía una distorsión entre la tarifa regulada y el mercado libre que frenaba la liberalización: la tarifa era artificialmente baja, pues no incorporaba todos los costes. Pero los comercializadores en mercado libre sí que tenían que cargar el coste completo, tanto de la tarifa de acceso como el verdadero precio de la energía, por lo que no podían competir contra la tarifa.
- Suponía un encarecimiento de la tarifa de los años posteriores, que debía incorporar el coste de financiar y recuperar esa falta de ingresos.

A finales de 2006, y con el fin de solucionar al menos dos de los problemas anteriores el regulador español introduce una figura bastante novedosa denominada déficit *ex ante*. A partir de la tarifa de 2007 se empieza a incorporar en la tarifa

una previsión realista del precio de la energía. Al sumar el coste de energía así obtenido a los costes de acceso esperados, se obtenía una subida superior a lo políticamente aceptable. Para mantener el incremento bajo control se fijaba una tarifa de acceso insuficiente, que sumada con el coste previsto de energía daba una tarifa total políticamente aceptable. Pero, a diferencia de lo que se venía haciendo, se reconocía desde el principio esa insuficiencia: la norma recogía que esa insuficiencia sería financiada por algunos generadores, y que estos podrían recuperar ese coste en la tarifa de años posteriores. Este fue el llamado déficit *ex ante*.

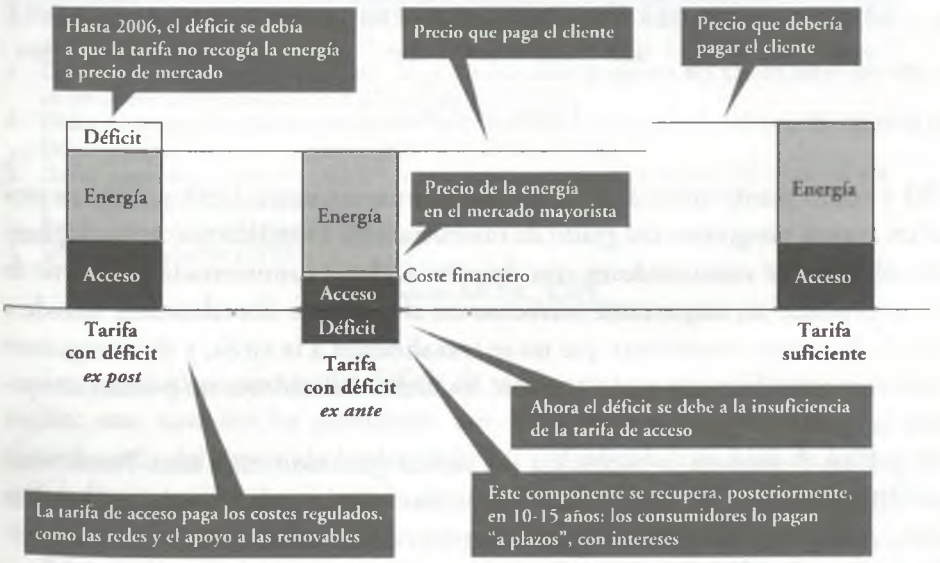
De este modo:

- Se reducía la incertidumbre regulatoria, pues ya no existía la duda de si la tarifa finalmente permitiría a los financiadores recuperar su coste: el reconocimiento estaba asegurado desde el principio.
- Dado que la insuficiencia estaba ahora centrada en la tarifa de acceso, que aplicaba por igual a los clientes en mercado libre y a los que permanecían en suministro a tarifa, se reducía o eliminaba la distorsión entre ambos. Ahora los comercializadores sí podrían competir contra la tarifa integral.

No obstante, la señal de precio percibida por el consumidor final seguía estando falseada y el coste de financiar el creciente déficit seguía creciendo.

En suma, se pasa del déficit *ex post*, producido por la diferencia entre el coste de la energía en el mercado y el implícito en la tarifa integral, a un déficit en las tarifas de acceso, conocido previamente *ex ante*. El siguiente gráfico representa esta nueva figura:

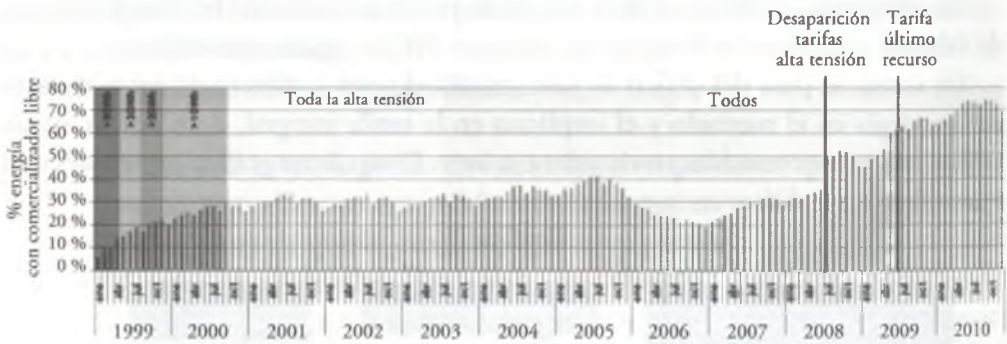
Gráfico 3



Curiosamente, tras la introducción del déficit *ex ante* los precios mayoristas comenzaron a bajar, mientras que los costes regulados empezaron a crecer mucho más rápidamente, en particular, el coste de las ayudas para el fomento de las energías renovables (que se ha multiplicado por cinco entre 2005 y 2010, y alcanzará un valor en 2012 cercano a los 8.500 millones de euros de un total de costes regulados de unos 21.000 millones de euros), y el coste de las propias anualidades para la recuperación del déficit de años anteriores (que se ha multiplicado por siete entre 2005 y 2010 y alcanzará en 2012 un importe próximo a 2.300 millones de euros).

El efecto del déficit en el proceso de liberalización se ve reflejado en la gráfica siguiente, tomada del *Informe de Supervisión del Mercado Minorista de Electricidad*, Segundo Semestre de 2010, publicado por la CNE el 29 de junio de 2011.

Gráfico 4. Porcentaje de energía suministrada a través de comercializador libre sobre el total del consumo (con calendario elegibilidad y desaparición de tarifas).



Fuente: SINCRO.

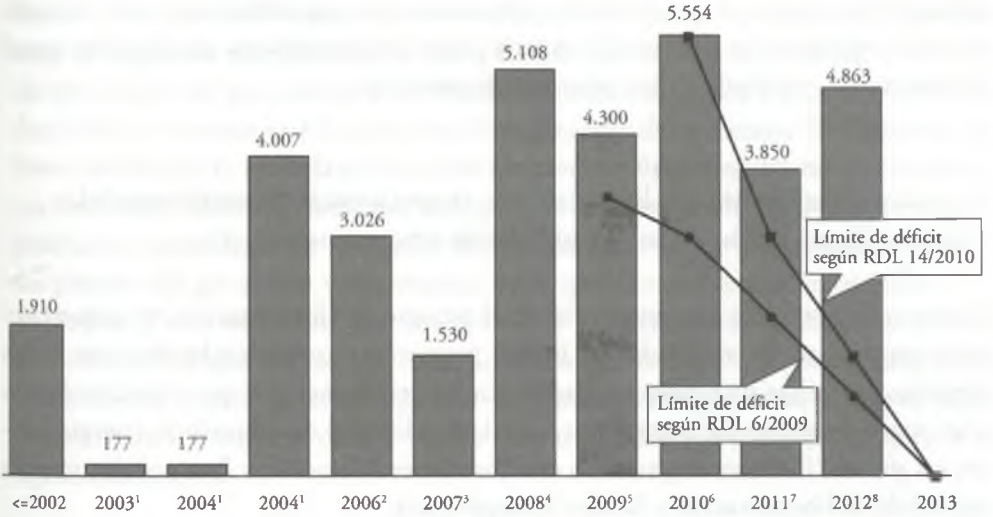
Tal y como puede apreciarse en el gráfico anterior, entre 1998 y 2003 se produce un avance progresivo del grado de liberalización, a medida que se va ampliando el colectivo de consumidores con derecho a elegir suministrador. A partir de 2005 se produce un importante retroceso en el grado de liberalización, debido a la subida de precios mayoristas que no se transfirieron a la tarifa, y el consiguiente incremento del déficit. En esta situación, los comercializadores no podían competir con la tarifa.

El gráfico 5 muestra la evolución del déficit generado cada año. Puede verse como 2005 muestra un importante incremento de la insuficiencia tarifaria, en paralelo con el mencionado retroceso del grado de liberalización.

Esta tendencia de retroceso de la liberalización cambia a partir de 2007 (pesar de que sigue generándose déficit), con la introducción del déficit *ex ante*. Cuando el déficit se produce en la tarifa de acceso y afecta por igual a todos los consumi-

dores, los comercializadores pueden volver a competir con la tarifa. No obstante, mientras persisten tarifas reguladas el grado de liberalización se mantiene relativamente bajo. Se observa un incremento importante a mediados de 2008, con la desaparición de las tarifas de alta tensión, y otro a mediados de 2009, con la desaparición de las tarifas integrales de baja tensión. No obstante, a partir de esa fecha, la persistencia de la tarifa de último recurso supone un freno a la liberalización, como se discutirá en la sección siguiente.

Gráfico 5



1. Incluye déficit extrapeninsular distribuido uniformemente en el periodo 2003-2005.
2. Déficit peninsular reconocido en el RD 485/2009 (2.280 M€). Déficit peninsular reconocido en el RD 437/2009 (347 M€).
3. Déficit peninsular liquidación 14/2007, se aplica minoración de ingresos de CO2-43 M€ (1.181 M€). Déficit extrapeninsular reconocido en el RD 437/2010 (347 M€).
4. Déficit peninsular liquidación 14/2008, se aplica minoración de ingresos de CO2-1.179 M€ (4.641 M€). Déficit extrapeninsular reconocido en el RD 437/2010 (467 M€).
5. Déficit peninsular liquidación 14/2009, se aplica minoración de ingresos de CO2-1S09-316 M€.
6. Déficit peninsular liquidación 14/2010.
7. Déficit peninsular liquidación 14/2011.
8. Última estimación de UNESA.

Fuente: MITyC, CNE.

Los perniciosos efectos del déficit de tarifa no se limitan al freno de la liberalización: este también ha provocado que los consumidores reciban una imagen distorsionada del precio de la electricidad (que parecía más bajo de lo que era en realidad), incentivando el exceso de consumo y eliminando, de este modo, las señales económicas a favor del ahorro y la eficiencia energética.

Además de todo esto, la carga financiera resultante del déficit de tarifa ha tenido que ser soportada por cinco empresas eléctricas (las que forman parte de

UNESA) discrecionalmente identificadas por el legislador.[25] Contrariamente a lo que suele pensarse, el déficit de tarifa no es una pérdida directa para las eléctricas: no supone que estas no cobren lo que se les debe, sino que lo cobran «a plazos», a lo largo de 10 o 15 años. Las empresas contabilizan esos ingresos, que aparecen en sus resultados e incluso pagan impuestos por ellos. No obstante, el déficit no solo ha supuesto que estas empresas hayan de soportar un coste financiero que les ha sido reconocido solo parcialmente (causándoles una pérdida patrimonial relevante), sino que además ha supuesto un incremento notable de su nivel de endeudamiento (que, no debe olvidarse, beneficia a algunos de sus competidores, que siguen recibiendo puntualmente la retribución regulada que les corresponde en concepto de ayudas a la generación renovable y la cogeneración). Este obligado endeudamiento se ha convertido en una carga insoportable en la situación actual de restricción crediticia de los mercados financieros.

Segundo impedimento a la liberalización: la coexistencia de tarifas reguladas y precios libres. Visión de las autoridades de competencia

Como se ha indicado con anterioridad, el proceso de liberalización en sector eléctrico español se ha realizado de forma progresiva, conviviendo durante largos periodos las tarifas integrales —fijadas administrativamente y que en ocasiones no eran representativas del coste real— con la posibilidad de adquirir la energía eléctrica a precios libremente pactados con los comercializadores. Esta coexistencia ha impedido la liberalización y la libre competencia.

Una vez constatados los perniciosos efectos resultantes de la fijación por el legislador de tarifas no suficientemente aditivas, la siguiente pregunta que necesariamente nos hacemos es la de cuál ha sido la posición de las autoridades comunitarias en cuanto a la facultad de los Estados miembros de intervenir y fijar el precio una vez los mercados energéticos han sido teóricamente liberalizados: ¿existe alguna reserva o límite al respecto? La respuesta a este interrogante se encuentra precisamente en la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia en el marco de una cuestión prejudicial planteada por un tribunal italiano (asunto *Federutility*).

En dicho asunto, el Tribunal de Justicia analizó la facultad y límites que tienen los Estados miembros para fijar tarifas reguladas bajo la perspectiva de la Directiva

25. La Disposición Adicional Vigésimo primera de la LSE, impone la obligación de que sean las siguientes empresas las que transitoriamente financien el déficit de tarifa y de acuerdo a los siguientes porcentajes, sin que la norma justifique ni motive dicho reparto:
- Endesa, S. A.: 44,16 %.
- Iberdrola, S. A.: 35,01 %.
- Unión Eléctrica Fenosa, S. A.: 12,84 %.
- Hidroeléctrica del Cantábrico, S. A.: 6,08 %.
- Elcogás, S. A.: 1,91 %.

2003/55/CE,[26] sobre normas comunes para el mercado interior del gas, cuestión que, por lo demás, es perfectamente trasladable al sector eléctrico dadas las similitudes existentes entre ambos sectores.

Concretamente, la normativa italiana permitía, tras la plena liberalización del mercado del gas, la posibilidad de que el regulador energético fijara los precios de referencia del suministro de gas natural a los clientes domésticos, entendiendo por tales una categoría indeterminada y no definida que no implicaba, por sí misma, una valoración de las dificultades socioeconómicas particulares de dichos clientes que pudiera servir de justificación a efectos de fijar los precios de referencia.

En este contexto, un tribunal italiano planteó una cuestión prejudicial sobre si resulta o no contrario a la normativa comunitaria una norma nacional que reconoce al regulador energético la facultad de fijar precios de referencia en el mercado de suministro de gas natural a los clientes domésticos, y ello a pesar de que dicha facultad se reconoce tras la completa liberalización del mercado. El Gobierno italiano justificaba la medida en cuestión alegando la falta coyuntural de competencia real en el mercado nacional del gas y la tendencia alcista del precio de los productos petrolíferos en mercados internacionales, lo que contribuía a presionar los precios del gas al alza y por encima de lo que se consideraba «razonable».

Frente a esta cuestión, que insistimos es perfectamente trasladable al sector eléctrico, el Tribunal de Justicia indicó que, en un mercado cuya liberalización está teóricamente completada, sí es posible determinar el importe del precio de suministro de gas natural a condición de que dicha intervención esté sujeta a los siguientes límites:

— persiga un interés económico general consistente en mantener el precio del suministro de gas natural a un nivel razonable;
— solo menoscabe la libre fijación de precios durante un periodo de tiempo necesariamente limitado;
— la intervención esté claramente definida, sea transparente, no discriminatoria y controlable, garantizando a las empresas el acceso a los consumidores en igualdad de condiciones.

Por tanto, si bien el Tribunal de Justicia no se ha opuesto a la facultad de los Estados miembros de fijar tarifas reguladas en mercados cuya liberalización ha sido teóricamente completada, dicha facultad está sujeta a importantes restricciones.

Así, además de que las medidas en cuestión estén temporalmente limitadas y persigan un interés económico general debidamente justificado, estas deben estar claramente definidas, ser transparentes y sobretodo no resultar discriminatorias. El Tribunal de Justicia entendió desde un principio la necesidad de que la intervención de la Administración en este ámbito esté sujeta a unas condiciones muy

26. Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de abril de 2010, asunto C-265/08.

estrictas que impidan a esta controlar de forma permanente los precios del gas en el mercado por debajo de niveles de precio razonables, generando con ello efectos distorsionadores en el mercado que impidan a los comercializadores acceder en condiciones de igualdad a los clientes. Efectivamente, la intervención del regulador en el mercado ha de tener un carácter necesariamente limitado a fin de evitar que se posponga *sine die* la verdadera liberalización.

Por su parte, la Comisión Europea ha sido consecuente con la Sentencia dictada en el asunto *Federutility* aquí referido, pues no ha dudado en iniciar procedimientos de infracción en aquellos casos en los que se han identificado tarifas reguladas supuestamente discriminatorias que pudieran dar lugar a una distorsión de la competencia en el Mercado Común.

En efecto, durante los últimos años, la Comisión Europea ha iniciado varios procedimientos de ayudas de Estado al objeto de analizar la compatibilidad con el Mercado Común de determinados regímenes de ayuda concedidos bajo la forma de precios de electricidad artificialmente bajos en beneficio de determinadas empresas, fundamentalmente, grandes consumidores industriales.

El contexto en el que se han llevado a cabo estas investigaciones es ciertamente complejo, pues los procesos de liberalización de los mercados de electricidad han estado marcados por un contexto internacional que ha favorecido que los precios de la electricidad crecieran, en algunas ocasiones, por encima de lo esperado. En efecto, es conocido que los fuertes incrementos de precio que se han producido en los combustibles durante determinados periodos han generado un efecto cascada sobre los precios finales de la electricidad.

Si bien la Decisión emitida por la Comisión Europea en el asunto *Alcoa* es una de las más relevantes,[27] la Comisión ya se había mostrado contraria a la concesión de tarifas de electricidad preferenciales en un asunto anterior (asunto *Terni*[28]).

Así, la Decisión emitida por la Comisión Europea en el asunto *Terni*, que ha sido confirmada por el Tribunal General[29] señala, sin ambages, que la ayuda al funcionamiento concedida bajo la forma de un precio reducido de la electricidad a una empresa con un alto consumo energético, es decir, a una empresa para la que la energía eléctrica constituye uno de los principales factores de coste, constituye una forma de ayuda que falsea la competencia, ya que esta tiene un impacto fundamental y directo en los costes de producción de la empresa y, consecuentemente, en la posición competitiva de la misma. La Comisión rechazó de plano los argumentos esgrimidos por parte del Estado italiano en cuanto al riesgo existente de deslocalización de grandes consumidores industriales al indicar que «con respecto

27. Decisión de la Comisión Europea de 19 de noviembre 2009, relativa a la ayuda estatal C 38/A/04 y C36/B/06 ejecutada por Italia a favor de Alcoa Transformazioni. DO L 227/62 de 28.8.2010.

28. Decisión de la Comisión Europea de 20 de noviembre de 2007, relativa a la ayuda estatal C 36/A/06 ejecutada por Italia a favor de ThyssenKrupp, Cementir y Nuova Terni Industrie Chimiche. DO L 144/37 de 4.6.2008.

29. Sentencia del Tribunal General de 1 de julio de 2010-Cementir Italia/Comisión (asunto T-63/08 Cementir).

al supuesto riesgo de deslocalización fuera de la UE, la Comisión señala que, tanto en su práctica de decisión como en la jurisprudencia de los tribunales comunitarios, no existe ningún caso en que este argumento se haya utilizado para justificar la concesión de ayudas estatales». Como veremos, constituye este un importante argumento de fondo que, no en pocas ocasiones, ha impulsado a que algunos Estados miembros adopten diversas medidas, siempre bajo la fórmula de tarifas eléctricas preferenciales, y con el claro objetivo de reducir el riesgo socioeconómico resultante de la deslocalización de grandes consumidores industriales de electricidad.

En el asunto *Alcoa*, la Comisión confirma, de nuevo, la posición adoptada en el asunto *Terni* respecto a la concesión de tarifas preferenciales a un grupo selectivo de empresas.[30] En la referida decisión, la Comisión Europea ha considerado que la tarifa sujeta a investigación confería una ventaja económica a favor de Alcoa, dado que el nivel de la tarifa era sustancialmente menor al precio de mercado aplicable a otros operadores. La medida beneficiaba de forma selectiva a Alcoa, afectaba al comercio entre los Estados miembros y se otorgaba a través de recursos estatales imputables al Estado.[31] La Comisión se muestra tajante a la hora de valorar la supuesta compatibilidad de la medida con el Mercado Común, al señalar que la

30. A principios de los años 90, la empresa estatal Aluminux fue reestructurada y posteriormente vendida a Alcoa. El Gobierno italiano acordó que la privatización de Aluminux se realizaría a condición de que el suministrador histórico de electricidad en Italia (Enel) suministrara electricidad a Alcoa bajo una tarifa preferencial durante un periodo de 10 años, de modo que transcurrido dicho plazo esta se alienaría a la tarifa aplicable al resto de los consumidores. Mediante Decisión 96/C 288/04 (Decisión Aluminux) la Comisión Europea puso fin al procedimiento iniciado en relación a la referida tarifa, al considerar que la medida en cuestión no constituía una ayuda de Estado, pues el suministrador de electricidad estaba actuando del mismo modo que un operador privado en el mercado. La región de Cerdeña, en la que se ubicaba el beneficiario de la medida era, en efecto, una zona en aquel momento caracterizada por un agudo exceso de capacidad y falta de interconexión lo que, entendió la Comisión, confería una importante capacidad de negociación a clientes como Alcoa. La Comisión concluyó, por tanto, que la mencionada tarifa no constituía una ayuda de Estado a efectos de lo dispuesto en el artículo 87 CE, apartado 1 (actual artículo 107 del TFUE) en la medida en que el suministrador de electricidad había obrado como cualquier operador que actúa en condiciones normales de mercado, toda vez que esta tarifa le permitía seguir suministrando electricidad a determinados clientes con una gran capacidad de negociación.
La tarifa preferencial inicialmente analizada por la Comisión Europea fue posteriormente prorrogada por Italia en dos ocasiones, cubriendo la segunda extensión hasta el año 2010. Se procedió, asimismo, a modificar el sistema de financiación inicialmente previsto, de modo que la carga financiera derivada de los sistemas de tarifa preferencial pasó a ser trasladada al conjunto de los consumidores de electricidad. En un primer estadio, los componentes compensatorios fueron anticipados por los distribuidores para después ser reembolsados por un ente estatal (Casa Conguaglio) mediante una exacción parafiscal. Posteriormente, la gestión administrativa de la compensación fue trasladada en su totalidad al referido ente estatal, de modo que Alcoa adquiría la energía eléctrica a precio de mercado y recibía el reembolso correspondiente por parte del ente estatal, compensación que era igualmente financiada mediante una exacción parafiscal aplicable a todos los consumidores.
Estas modificaciones no fueron notificadas a la Comisión Europea, lo que dio lugar a la incoación de un procedimiento de ayudas de Estado, que concluyó mediante Decisión de 19 de noviembre de 2009. (Decisión de la Comisión Europea de 19 de Noviembre 2009 relativa a la ayuda estatal C 38/A/04 y C36/B/06 ejecutada por Italia a favor de Alcoa Transformazioni. DO L 227/62 de 28.8.2010).

31. En lo que a este último requisito se refiere, la Comisión llama la atención sobre el hecho de que la tarifa en cuestión se financiaba mediante una exacción parafiscal impuesta al conjunto de los consumidores y que era recaudada a través de un fondo de compensación (Cassa Conguaglio) que cumplía las instrucciones precisas recogidas en las decisiones del regulador energético italiano. La cuestión fundamental consistía, por tanto, en determinar si el Estado podía o no controlar de forma directa o indirecta los fondos utilizados para la financiación de la tarifa objeto de investigación.

fijación de tarifas artificialmente bajas genera obstáculos e impide el acceso de nuevos operadores al mercado rechazando, por tanto, los argumentos esgrimidos por parte del Estado italiano en cuanto a la adecuación de la tarifa preferencial para paliar las imperfecciones del mercado sardo de energía eléctrica. En este sentido, la Comisión rechaza la existencia de un nexo causal entre la tarifa preferencial y la situación del mercado sardo al señalar que dichas tarifas ofrecían únicamente una solución a un círculo limitado de operadores con, por otra parte, un alto poder de negociación. Asimismo, y por las razones ya expuestas en el asunto *Terni*, la Comisión rechaza el argumento esgrimido en cuanto a la necesidad de la medida a efectos de evitar la deslocalización fuera de la UE de empresas electrointensivas.

La Comisión Europea ha iniciado, igualmente, procedimientos formales de investigación ex artículo 108.2 del TFUE contra Francia y España, al considerar que determinadas tarifas preferenciales aplicadas por dichos Estados en beneficio de un grupo selectivo de empresas podrían constituir ayudas de Estado incompatibles con el Mercado Común.[32]

A fecha de terminación del presente artículo, la Comisión Europea no ha emitido aún una decisión relativa a la investigación iniciada contra el régimen de tarifas español, investigación que, por lo demás, se limita al año 2005. Por su parte, la Comisión Europea ha autorizado el régimen de ayudas francés al considerar que el poder de mercado históricamente ejercido por EDF podía quedar limitado a través de este tipo de tarifas[33]. No obstante, la Comisión condiciona la decisión de autorización al cumplimiento de estrictas obligaciones, entre las que

---

La Comisión Europea trae, en este sentido a colación el asunto *Essent* al considerar que este era perfectamente aplicable al asunto de Alcoa a efectos de determinar la concurrencia del elemento de transferencia de recursos estatales.

En el asunto *Essent*, los Países Bajos habían introducido por ley un suplemento en las tarifas eléctricas. Este suplemento lo abonaban los consumidores de electricidad a los operadores de la red quienes, a su vez, transferían los importes correspondientes a un órgano de la Administración (SEP). Este organismo no tenía ningún margen de discrecionalidad en la gestión de los fondos y operaba bajo el estricto control de las autoridades. El Tribunal concluyó que el producto de este suplemento constituía un recurso estatal al considerar que el suplemento tarifario había sido impuesto mediante una ley nacional y constituía, por lo tanto, una imposición. La SEP no estaba autorizada a utilizar el producto de este suplemento para fines distintos de los establecidos por la ley, lo que significa que los recursos permanecían bajo control público y las autoridades nacionales podían disponer de ellos. El Tribunal consideró que estos elementos eran suficientes para declarar que los fondos en cuestión constituían recursos públicos.

Al igual que en el asunto *Essent*, la Comisión considera que en el asunto *Alcoa* aquí comentado el suplemento tarifario utilizado para financiar es igualmente obligatorio y se impone a todos los consumidores. Por su parte, el fondo de compensación centraliza y administra el producto de la exacción parafiscal y esta está sujeta a las mismas restricciones que en el asunto *Essent*, puesto que no puede utilizar los fondos recaudados con fines distintos a los fijados por la ley (la financiación de los regímenes tarifarios preferenciales). El Estado está, además, en condiciones de controlar y orientar la utilización de los recursos, por lo que los recursos del fondo de compensación se mantienen igualmente bajo control público, lo que lleva a la Comisión a concluir que la medida está financiada mediante recursos públicos. Señala la Comisión, adicionalmente, que la tarifa preferencial es imputable al Estado dado que la base jurídica de la medida se encuentra en disposiciones legales nacionales.

32. Ayuda Estatal C17/07 (ex NN 19/07)-Tarifas reguladas de electricidad en Francia. DOC 096 de 25.04.2009. Ayuda Estatal C 3/2007 (ex NN 66/2006)-España. Tarifas eléctricas reguladas. DO C043 de 27.02.2007

33. IP/12/595. Aides d'État: La Commission valide sous conditions les aides présentes dans les tarifs réglementés de l'électricité en France.

destacan la obligación de reformar el mercado francés y, a partir del año 2015, revisar de forma anual la desaparición efectiva de dichas tarifas.

El caso de las tarifas de último recurso

Tras la desaparición de las tarifas integrales, la única tarifa regulada que persiste en España es la tarifa de último recurso (conocida como TUR). Legalmente el suministro de último recurso se equipara al mercado libre y la naturaleza de la TUR es distinta a la de las antiguas tarifas integrales. No obstante, desde el punto de vista del cliente resulta prácticamente equivalente y tiene efectos muy similares en el comportamiento del mercado.

El fundamento jurídico que subyace a la figura del suministro de último recurso podemos encontrarlo en el artículo 3.3 de la Directiva 2003/54/CE, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad, que dispone lo siguiente:

> «Los Estados miembros deberán garantizar que todos los clientes domésticos y, cuando los Estados miembros lo consideren adecuado, las pequeñas empresas que empleen menos de cincuenta personas y cuyo volumen de negocios o balance general anual no exceda de 10 millones de euros, disfruten en su territorio del derecho a un servicio universal, es decir, del derecho al suministro de electricidad de una calidad determinada, y a unos precios razonables, fácil y claramente comparables y transparentes. Para garantizar la prestación del servicio universal, los Estados miembros podrán designar un suministrador de último recurso (...)».

La Directiva comunitaria propone, por tanto, la designación de un Suministrador de Último Recurso para determinados clientes (domésticos y pequeñas empresas), todo ello con el objeto último de garantizar la prestación de un servicio a unos precios «razonables, fácil y claramente comparables y transparentes».

Si bien es cierto que los Estados miembros tienen discrecionalidad para determinar el ámbito subjetivo de los consumidores con derecho al Suministro de Último Recurso, es preciso poner de relieve que este no ha de ser confundido con una suerte de tarifa artificialmente baja en beneficio de un determinado grupo de clientes, pues las tarifas de último recurso han de ser (al igual que ocurría en el caso de las tarifas integrales) necesariamente suficientes y aditivas, a fin de evitar generar un déficit en el sistema con los consecuentes problemas adicionales que dicha situación puede provocar en perjuicio del desarrollo de la competencia en los mercados minoristas.

En algunos foros se ha apuntado, incluso, a la necesidad de que el suministro de último recurso quede reducido al ámbito subjetivo de los llamados «clientes vulnerables» (tal y como aparecen definidos en el artículo 3.5 de la Directiva

2003/54/CE), al entender que las tarifas reguladas no pueden ser aplicadas de forma generalizada a todos los clientes o a una categoría de clientes,[34] cuestión que, por otro lado, no se aleja de las últimas propuestas de reforma del sector eléctrico realizadas por el Gobierno, entre las que se incluye liberalizar aún más la actividad de suministro mediante una reducción del ámbito de aplicación de la tarifa de último recurso.[35]

Y esta misma propuesta ha sido también defendida por la CNE, quien, en su último Informe sobre la evolución de la competencia en los mercados del gas y la electricidad, apunta a la necesidad de hacer desaparecer los precios finales regulados (manteniendo tan solo un sistema de protección para los consumidores vulnerables) al entender que:

> los precios finales regulados no constituyen necesariamente un mecanismo de protección de los consumidores, dado que pueden dificultar la competencia si obstaculizan la entrada de nuevos competidores y/o impiden la introducción de nuevas ofertas, limitando así la capacidad de elección de los consumidores.[36]

Por último, la Comisión Europea, en su reciente Comunicación «Making the internal energy market work», publicada el 15 de noviembre de 2012, pone de manifiesto que las tarifas reguladas desincentivan la entrada de comercializadores en el mercado, así como la realización de ofertas atractivas:

> However, at present, price regulation in many Member States prevents suppliers from offering attractive services and tailor-made and dynamic pricing schemes. It discourages new entrants that could challenge the incumbents. In some Member States prices are even regulated by the State for some or all customer groups at levels below market costs. This can lead to energy tariff deficits borne by energy companies or by public finance, which may burden future energy consumers or taxpayers with serious costs. This also fails to provide the right incentive for efficient energy use. It is

34. «End-user price regulation». An ERGEG Position Paper. Ref. E07-CPR-10-03, 18 July 2007: «However, protecting vulnerable customers should not be confused with regulated tariffs for all (or certain categories) of customers. It is ERGEG's view that fully open markets with well functioning competition cannot in the long term coexist with regulated end-user energy prices. End-user price regulation in electricity and gas markets distorts the functioning of the market and jeopardizes both security of supply and the efforts to fight climate change. Therefore end-user price regulation should be abolished or, where appropriate, brought into line with market conditions».

35. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados de 26 de septiembre de 2012, n.º 62, pág. 30. Intervención del Ministro de Industria, Turismo y Energía: «¿Qué vamos a hacer en paralelo a la tramitación de ese proyecto de ley para el sector eléctrico? (...) En sexto lugar, una liberalización del suministro y por tanto una disminución de la tarifa de último recurso».

36. *Informe CNE sobre evolución de la competencia en los mercados de gas y electricidad (periodo 2008-2010 y avance 2011)*, 13 de septiembre de 2012, pág. 34.

clear that such a situation is not conducive to the development of a competitive market and is economically unsustainable.

Even if regulated prices allow the cost of operations to be covered, they do not send the right price signals needed to secure efficient investment. They are perceived by investors as an indicator of political interference which stifles investment. While a number of Member States have already allowed electricity and gas prices to be free of state intervention, including for retail consumers, and the Commission has agreed with several others a timely phase-out of regulated prices, the majority of Member States still intervene in some form in retail price formation.

The Commission has earlier opened a number of infringement procedures against Member States regulating prices for industrial customers. A recent European Court of Justice ruling states that price regulation can be compatible with EU law only under strictly defined circumstances.

Member States should seek to cease regulating electricity and gas prices for all consumers, including households and SMEs, taking into account universal service obligation and effective protection of vulnerable customers. Suppliers should clearly spell out the different cost elements in the final cost for their customers, to encourage well-informed decision-making.

The Commission will continue to insist on phase-out timetables for regulated prices being part of Member States› structural reforms. The Commission will continue to promote market-based price formation in retail markets, including through infringement cases against those Member States maintaining price regulation that is not meeting the conditions laid down by EU law.

Evolución y estado actual de la competencia en los mercados minoristas

Estructura de los mercados minoristas y su definición desde el punto de vista de competencia

Desde un punto de vista de la definición del mercado del producto, tanto la autoridad española de defensa de la competencia, como la Comisión Europea han defendido que la actividad de comercialización de electricidad está formada por dos mercados separados en función del parámetro de comportamiento de los consumidores, distinguiendo, de este modo, entre el mercado de suministro a clientes conectados a alta tensión y el de suministro a clientes conectados a baja tensión.[37]

37. Ver, entre otros, asunto C-0098/08-Gas Natural/Unión Fenosa, Resolución Consejo CNC 11.02.2009. asunto COMP/M.3440 ENI/EDP/GDP, Decisión Comisión Europea de 9.12.2004.

El mercado de suministro de electricidad a clientes conectados a alta tensión es un mercado fundamentalmente formado por clientes industriales para los que la electricidad constituye un factor importante del proceso productivo, ya que el coste eléctrico puede representar una proporción importante de sus costes totales. Este mercado, además de estar formado por un número menor de clientes, pero con un nivel de consumo sustancialmente mayor al que caracteriza a los clientes de baja tensión, lo integran consumidores que conocen bien cómo funciona el sistema eléctrico y, en ocasiones, pueden gestionar sus curvas de carga. Algunos de ellos tienen competidores internacionales y las diferencias de coste de la energía constituyen un factor de competitividad que les puede llevar a incrementar o reducir su producción (y, por tanto, su consumo energético). Por estas razones su demanda de electricidad tiende a ser elástica al precio.

Por su parte, el comportamiento de los consumidores de baja tensión, donde coexisten consumidores domésticos y PYMES, es radicalmente distinto.

Así, para los consumidores domésticos y pequeños comercios el coste de la electricidad tiene normalmente un peso menos relevante sobre sus costes totales. Generalmente, estos consumidores no suelen dedicar muchos recursos a la búsqueda de información y a la comparación de ofertas comerciales lo que, en palabras de la CNE, demuestra que «su sensibilidad al precio es generalmente reducida y la disponibilidad al cambio de suministrador es escasa».[38] No obstante, es cierto que, sin perjuicio de que las PYMES constituyen un colectivo de consumidores muy dispar y diverso, estos consumidores muestran una mayor sensibilidad al precio de la electricidad que los consumidores domésticos.

Por otro lado, desde un punto de vista de la definición del mercado geográfico, las autoridades de defensa de la competencia han considerado que los mercados minoristas tienen dimensión nacional en la medida en que los distintos oferentes establecen sus estrategias competitivas y ofertan sus servicios a nivel nacional.[39]

Situación actual de la competencia en los mercados minoristas: ¿problema estructural o coyuntural?

El contexto energético europeo ha estado caracterizado durante los últimos años por el paso de una situación de crecimiento sostenido a una situación de crisis económica generalizada, que ha dado lugar a una caída de la demanda de la electricidad, así como a una mayor incertidumbre en cuanto a las posibilidades de financiación de las infraestructuras energéticas. Se mantiene, asimismo, un alto grado de dependencia energética en la mayoría de los países de la Unión Europea.

38. *Informe CNE sobre la evolución de la competencia en los mercados de gas y electricidad* (periodo 2007-2009), pág. 168.

39. Resolución del Consejo de la CNC de 7 de noviembre de 2008, Expediente C–0098/08, pág. 17.

En el ámbito nacional, durante los últimos años se ha producido una importante bajada de la demanda, que ha tenido lugar en una situación de exceso de oferta, desencadenada por un conjunto de factores entre los que destacan la crisis económica y financiera nacionales e internacionales, un aumento en la potencia instalada de los ciclos combinados de gas, así como un esquema de ayudas a las energías renovables que ha motivado que la potencia instalada de estas tecnologías crezca muy por encima de las previsiones y objetivos.

Pues bien, en este contexto se observa que en los mercados minoristas de comercialización de electricidad en España se ha producido una reducción del grado de concentración, así como un incremento de la presión competitiva, especialmente en lo que al mercado de alta tensión se refiere.

Según datos aportados por la CNE, en el conjunto de los mercados minoristas de alta y baja tensión se observa una disminución del HHI de casi 270 puntos entre 2008 y 2010 (desde 2.809 a 2.543),[40] una creciente captación de clientes por parte de algunas comercializadoras fuera de su área de distribución, lo que ha contribuido a reducir la tasa de fidelización[41] y un aumento sostenido de la energía suministrada por comercializadoras en el segmento libre de mercado.[42]

Destaca, igualmente, un aumento significativo de la tasa de cambio de suministrador, también denominada tasa de switching, lo que constituye otra muestra del creciente dinamismo del mercado. Según datos de la CNE, en el año 2011 en electricidad se alcanzó una tasa de switching del 10% (con respecto al 7,4% en 2010 y 5,23% en 2009), tasas que, a su vez, resultan ser superiores a las identificadas en otros sectores como de telecomunicaciones (según datos de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, la tasa de switching en telefonía fija fue del 8,8% y en telefonía móvil del 9,3% en 2010).[43]

Sin perjuicio de lo anterior, es un hecho notorio que el grado de concentración en el mercado doméstico de baja tensión sigue siendo mayor al existente en el mercado de alta tensión. En el mercado doméstico de baja tensión se sigue registrando un mayor grado de concentración y menor presión competitiva, debido a que se trata de una tipología de consumidores con una demanda menos elástica, mayores costes relativos de switching y, lo que es más importante aún, porque las

40. *Informe CNE sobre la evolución de la competencia en los mercados de gas y electricidad (periodo 2008-2010 y avance 2011)*, pág. 98.

41. *Informe CNE sobre la evolución de la competencia en los mercados de gas y electricidad (periodo 2008-2010 y avance 2011)*, pág. 17: «Cabe resaltar el creciente dinamismo observado en la actividad de comercialización, debido a la creciente captación de clientes por algunas empresas fuera de sus áreas de distribución, también en el segmento doméstico-comercial. Como consecuencia, se está reduciendo la tasa de fidelización de los consumidores doméstico-comerciales (...)».

42. *Informe CNE sobre la evolución de la competencia en los mercados de gas y electricidad (periodo 2008-2010 y avance 2011)*, pág. 88: «En lo que concierne al reparto entre mercado libre y mercado regulado, se observa un aumento de la energía suministrada por comercializadoras en el mercado libre, pasando de un 41% en 2008, al 70% en 2010, al 76% en 2011».

43. *Informe CNE sobre la evolución de la competencia en los mercados de gas y electricidad (periodo 2008-2010 y avance 2011)*, pág. 15.

ofertas que se realizan en dicho mercado están totalmente condicionadas por la tarifa de último recurso, lo que sigue limitando las posibilidades de entrada y desarrollo de comercializadores libres.

Así ha sido expresamente reconocido por la propia CNE, quien no ha dudado en indicar que en el caso de los consumidores domésticos «las ofertas en mercado libre están totalmente condicionadas por la existencia de una tarifa de último recurso» (*Informe CNE sobre evolución de la competencia en los mercados de gas y electricidad* de 13 de septiembre de 2012, pág. 93).

En efecto, aun después de la desaparición de la tarifa integral o tarifa regulada «tradicional» se ha mantenido una tarifa de último recurso, accesible a los consumidores con potencias contratadas inferiores a 10 kW, con precios establecidos por la Administración. Pues bien, la experiencia demuestra que los componentes de la tarifa de último recurso están dimensionados de forma muy ajustada, por lo que resulta muy difícil competir contra ella.

En este sentido, la CNE ha señalado que «las estimaciones realizadas muestran que si se incluye el margen comercial reconocido en la tarifa de último recurso, los márgenes llegan a ser nulos»,[44] lo que demuestra que la intervención regulatoria se convierte, de nuevo, en una barrera de entrada en perjuicio de los comercializadores que quieran acceder al mercado doméstico y pone de manifiesto que, en contra de lo señalado en otros foros, la competencia relativamente débil en este segmento no es un problema de comportamiento de los operadores sino un problema estructural de diseño de mercado difícilmente subsanable sin la aplicación de las correcciones regulatorias correspondientes. Esta cuestión fue igualmente puesta de manifiesto por la CNE en un Informe anterior relativo a la evolución de la competencia en los mercados de gas y electricidad durante el periodo 2006-2008.[45]

Por otro lado, los datos publicados por la CNE en cuanto a la intensidad de las ofertas realizadas en el mercado minorista de baja tensión ponen de manifiesto la falta de interés mostrada por la mayoría de los comercializadores hacia el mismo, lo que refrenda las afirmaciones anteriormente realizadas.

Y es que en el informe de 13 de septiembre de 2012 emitido por la CNE se aportan datos muy interesantes en este sentido, al reconocer que, a fecha 31 de junio de 2011, del total de los comercializadores que, según la CNE, están activos en la actividad de comercialización, a fecha 31 de junio de 2011, tan solo un 11% realizaba ofertas al mercado doméstico.[46] Quiere esto decir que un 89% de los

44. Seguimos citando la página 93 del informe de la CNE citado.

45. Señala la CNE, en este sentido, lo siguiente:
«Los costes de captación de clientes (y, en particular, los costes de *marketing* y publicidad) tienden a ser nulos para los comercializadores de último recurso. Por otra parte, los comercializadores libres se enfrentan a dichos costes para competir por los consumidores con derecho a TUR. Con el fin de tener en cuenta ambas situaciones, se considera necesario que los costes de captación de clientes sean incluidos en la TUR y tratados como ingresos liquidables del sistema» (*Informe CNE sobre la evolución de la competencia en los mercados de gas y electricidad (periodo 2007-2009)*, pág. 32).

46. *Informe CNE sobre la evolución de la competencia en los mercados de gas y electricidad (periodo 2008-2010 y avance 2011)*, pág. 16:

comercializadores han optado por no realizar ofertas al mercado doméstico de comercialización, lo cual resulta lógico si tenemos en cuenta los escasos márgenes que dicha actividad comercial ofrece y el obstáculo añadido resultante de la tarifa de último recurso.[47]

La Comisión Europea ha constatado, por su parte, que la menor presión competitiva existente en el mercado doméstico de comercialización, caracterizado por una demanda menos elástica, mayores costes de switching, etc. es común a la mayor parte de los países europeos.[48]

En suma, el mayor grado de concentración existente en el mercado minorista de baja tensión en España obedece, precisamente, a los extremos anteriormente apuntados, sin que sea necesario ir más allá ni buscar posibles problemas coyunturales derivados de prácticas supuestamente anticompetitivas.

Y es que, efectivamente, existen precedentes previos —ciertamente novedosos—en los que la autoridad española de defensa de la competencia ha sancionado a empresas por conductas que, lejos de constituir una práctica anticompetitiva, nada tienen que ver con la presión competitiva existente en los mercados de comercialización de electricidad en España.

Así y a efectos meramente ejemplificativos, el ejercicio de una acción judicial ante la Audiencia Nacional por parte de UNESA contra una Orden Ministerial (Orden Ministerial ITC 3860/2007, por la que se revisan las tarifas eléctricas a partir del 1 de enero de 2008 y que, entre otras cuestiones, regulaba el acceso al

---

«Los comercializadores que aparecen registrados en los listados de la CNE, no necesariamente activos, son en la actualidad 204 en electricidad y 64 en gas. A fecha 31 de junio de 2011 había 105 comercializadores activos en el sector eléctrico, de los cuales unos 10-13 realizan ofertas a consumidores domésticos y 30 comercializadores activos en el sector gasista, de los cuales unos 5-6 realizan ofertas a consumidores domésticos».

Pág. 100, *Informe CNE sobre la evolución de la competencia en los mercados de gas y electricidad (periodo 2008-2010 y avance 2011)*:

«A partir de la información publicada en sus páginas web, se ha comprobado que, en la actualidad, NEXUS ENERGÍA y ENERGYA VM son los únicos que realizan ofertas a clientes en el segmento doméstico-comercial».

47. Según el *Informe de la CNE sobre evolución de la competencia en los mercados de gas y electricidad (periodo 2008-2010 y avance 2011)*:

«El margen bruto entre el precio de suministro de energía y el coste estimado de adquisición de la energía (sin tener en cuenta costes comerciales) para el segmento PYMES (14 €/MWh) contrasta con los 8 €/MWh obtenidos en el segmento doméstico y los 5 €/MWh del segmento industrial. Este hecho parece indicar lo siguiente:

En el caso del segmento doméstico, las ofertas en el mercado libre están totalmente condicionadas por la existencia de una tarifa de último recurso. De hecho, las estimaciones realizadas muestran que si se incluye el margen comercial reconocido en la tarifa de último recurso, los márgenes llegan a ser nulos [...]».

Esta cuestión quedó igualmente reflejada en el anterior Informe de la CNE sobre la evolución de la competencia en los mercados de gas y electricidad durante el periodo 2006-2008 quien al analizar el comportamiento de los comercializadores no integrados verticalmente, de nuevo, pone de manifiesto su falta de interés de dichos comercializadores por el mercado de baja tensión.

«A partir de la información publicada en sus páginas web se ha comprobado que, en la actualidad, ninguno de estos comercializadores, con la excepción de NEXUS ENERGÍA, realizan ofertas a clientes en el segmento doméstico-comercial» [*Informe CNE sobre la evolución de la competencia en los mercados de gas y electricidad (periodo 2007-2009)*, pág. 165].

48. Commission Staff Working Document, 2009-2010, report on progress in creating the internal gas and electricity market. June 2011.

Sistema de Información de Puntos de Suministro, esto es, el acceso a la base de datos de las distribuidoras de electricidad), ha sido calificada por parte de la CNC como una conducta integrante de una práctica colusoria más amplia tendente a obstaculizar el cambio de suministrador en el mercado de comercialización de baja tensión y contraria a los artículos 1.1 de la LDC y 101.1 del TFUE.[49]

Pues bien, se trata de un pronunciamiento que, con los debidos respetos, no solo diagnostica incorrectamente el problema existente en el sector, sino que merece los siguientes comentarios:

— La incidencia que en el mercado de suministro eléctrico de baja tensión pueda resultar del ejercicio de acciones judiciales por parte de determinados operadores parece tener un carácter meramente anecdótico, una vez analizados los verdaderos problemas estructurales que afectan a dicho mercado y que, como ha sido explicado, encuentran su origen fundamental en un problema regulatorio.

— A mayor abundamiento, el derecho de acceso por parte de las asociaciones empresariales a los tribunales es un derecho fundamental amparado por el artículo 24 de la Constitución Española, por el que se pretende controlar la legalidad de los actos de las Administraciones Públicas, así como garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva de los administrados. Sorprende, por ello, que la autoridad española de defensa de la competencia haya pretendido encuadrar dicha actuación en el marco de una conducta colusoria sobre la base de un juicio de valor previo en cuanto a la supuesta estrategia anti-

49. Expediente S/0159/09–UNESA y ASOCIADOS. Nótese que, de forma previa, mediante Resolución de 2 de noviembre de 2009 (Expediente S/0051/08–UNESA), el Consejo de la CNC ya señaló que el ejercicio de una acción judicial por parte de una asociación podría constituir un acuerdo colusorio si este tiene por objeto, produce o puede producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia. Al igual que en el caso del Expediente S/0159/09–UNESA y ASOCIADOS, la CNC valoró si la conducta consistente en la interposición de un recurso contencioso-administrativo por parte de UNESA ante la Audiencia Nacional contra la Orden Ministerial ITC 3860/2007 por la que se obligaba a las empresas distribuidoras a ofrecer a las comercializadoras un acceso incondicionado a su base de datos (el llamado Sistema de Información de Puntos de Suministro) era contraria al artículo 1 de la LDC.

En contra de la tesis defendida por la Dirección de Investigación, el Consejo de la CNC, aún reconociendo que dicha conducta podría estar prohibida por el artículo 1 de la LDC, no considera necesario pronunciarse sobre dicha cuestión, pues entiende que la conducta investigada se encuadra en el marco de una estrategia de coordinación previa y que tenía por objeto impedir el acceso al Sistema de Información de Puntos de Suministro a través de la interposición de un recurso contencioso-administrativo.

Si bien el Consejo consideró que no cabía deducir responsabilidad administrativa por el mero hecho de interponer un recurso contencioso-administrativo, sí instó a la Dirección de Investigación para que procediera a valorar si existía o no una estrategia de coordinación en el seno de UNESA y, en su caso, procediera a incoar el correspondiente expediente sancionador.

En ejecución de la Resolución del Consejo de la CNC de 2 de noviembre de 2009, tres días después: el 5 de noviembre de 2009, la Dirección de Investigación llevó a cabo una investigación domiciliaria en la sede de UNESA. A la vista de la información recabada durante la inspección, la Dirección de Investigación acordó ampliar el acuerdo de incoación, inicialmente dictado en el Expediente S/0159/09 contra las cinco grandes empresas distribuidoras eléctricas, a las empresas matrices y también a UNESA, así como el objeto de la infracción inicialmente identificado.

competitiva pretendida por parte de una asociación empresarial y sus miembros.

— En efecto, no cabe limitar el derecho a la tutela judicial efectiva para aquellos supuestos en los que se recurre un acto administrativo que teóricamente pueda afectar a la normativa de competencia, pues dicha situación llevaría al absurdo de que la garantía de indemnidad tendría diferentes límites en función de si se recurren normas o actos administrativos que pueden incidir en el derecho de la competencia o actos que afectan a otras materias y, a su vez, conferiría a la propia Administración la facultad de, bajo la amenaza de importantes multas, limitar el derecho del administrado a acceder a los tribunales en vía contencioso-administrativa sobre la base de un juicio de valor previo en cuanto a la conformidad o no de la pretensión perseguida con la normativa de defensa de la competencia.

— Por último, permitir que, sobre la base de argumentos de derecho de la competencia, un órgano administrativo pueda limitar la facultad del administrado (en el presente caso, una asociación empresarial) para ejercer acciones judiciales y controlar la posibilidad de que los Tribunales de Justicia puedan controlar la legalidad de los actos de las Administraciones Públicas, atenta frontalmente contra los principios constitucionales de nuestro ordenamiento jurídico.[50]

Breve comparación con otros sectores liberalizados en los últimos años

Una comparación detallada, desde el punto de vista de la competencia, entre el mercado eléctrico y otros mercados, como los de las telecomunicaciones o los derivados del petróleo, escapa a las dimensiones y objetivos de este capítulo. No obstante, en esta sección analizaremos brevemente algunas de las diferencias y similitudes entre ellos.

50. Ciertamente, existen precedentes en los que se ha considerado que en circunstancias excepcionales el ejercicio de una acción judicial puede constituir una infracción de la normativa de competencia, pero no son trasladables al caso aquí comentado. En efecto, el asunto *ITT Promedia NV c. Comisión* citado por la CNC (asunto C 299/49 Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 17 de junio de 1998 en el asunto T-111/96, ITT Promedia NV c. Comisión de las Comunidades Europeas) no resulta aplicable al caso aquí comentado por las siguientes razones:

— En el asunto *ITT Promedia* se valoró la legalidad de la actuación de una empresa consistente en el ejercicio de acciones judiciales pretendidamente abusivas contra otra empresa rival, y no contra actos de la Administración, por lo que no se planteaba el grave conflicto constitucional que supone limitar al administrado su derecho a acceder a los Tribunales de Justicia impidiendo así que estos puedan controlar, con todas las garantías que nuestro ordenamiento ofrece, la legalidad de las actuaciones de la Administración Pública.

— Es preciso, además, demostrar que la acción judicial carece manifiestamente de todo fundamento desde un punto de vista objetivo y que esta tiene por objeto la eliminación de la competencia. No parece que la acción judicial cuestionada en relación al asunto comentado careciera de todo fundamento cuando la propia Audiencia Nacional apreció la concurrencia de apariencia de buen derecho y estimó las medidas cautelares solicitadas por la recurrente (Auto de la Audiencia Nacional de 13 de febrero de 2008).

El mercado de las telecomunicaciones suele ponerse como ejemplo de mercado competitivo, en el que la rivalidad entre diversos operadores ha dado lugar a bajadas de precios y a una creciente oferta de servicios. Por el contrario, en ocasiones se escuchan críticas sobre el mercado eléctrico que mencionan que las diferencias de precio entre las ofertas competidoras son muy reducidas (lo que también suele decirse del mercado de los productos derivados del petróleo). Pero una comparación entre estos mercados requiere tener en cuenta una serie de factores relevantes:

— Sus estructuras de costes son muy diferentes. Los suministros de electricidad (así como los de gasolina y gasóleo) son actividades con costes variables muy importantes (en el caso de la electricidad, los costes variables vienen dados por los combustibles usados en generación, fundamentalmente carbón y gas natural). Aunque los costes fijos en el sistema eléctrico (principalmente los costes de las redes de distribución y transporte y los costes de amortización y recuperación de la inversión de las instalaciones de generación) son muy relevantes, en porcentaje representan un peso menor que los costes fijos del sistema de telecomunicaciones (en este, los costes fijos suponen casi el 100%, y los costes variables son un porcentaje muy pequeño del coste total). Una actividad con mayores costes variables ofrece menor margen para la diferenciación en estructuras de precios, pues siempre existirá la restricción de tener que recuperar los costes variables.
— La visibilidad de estos costes es muy distinta. En el caso de la electricidad (como en el del petróleo) existe un precio mayorista transparente. Cualquier generador tiene la posibilidad de vender su producción a ese precio en el mercado mayorista gestionado por OMIE. Lógicamente, no estará dispuesto a vender a un cliente final a precio inferior, lo que hace que el precio mayorista se convierta en referencia insoslayable para cualquier suministrador. Dado que el precio final se compone fundamentalmente del precio de la energía (basado en el precio mayorista) y los peajes de acceso (fijados por la Administración), y dados los reducidos márgenes comerciales existentes, las posibilidades de diferenciarse en precio son muy escasas para los comercializadores de electricidad.
— Las circunstancias tecnológicas son muy distintas. La tecnología de las telecomunicaciones ha experimentado cambios revolucionarios en los últimos años, que han transformado profundamente los costes del suministro y las posibilidades de este. Sin embargo, en electricidad (y en la industria petrolera) los cambios tecnológicos han sido mucho menos significativos y los ahorros de costes derivados de estos son mucho menos relevantes.
— En esta línea, en ocasiones se ha comparado al efecto de las energías renovables con el carácter revolucionario que tuvo la telefonía móvil o internet para las telecomunicaciones. Sin embargo, nada más lejano de la realidad. Mientras que la telefonía móvil o internet han traído grandes reducciones

de costes y enormes mejoras en la calidad y variedad del servicio de telecomunicaciones, las renovables suponen un incremento de costes para el consumidor (aunque este incremento pueda ser compensado, al menos en parte, por sus externalidades positivas) y solo son comercialmente viables gracias a voluminosas subvenciones (a diferencia de lo que ha ocurrido con los adelantos tecnológicos en telecomunicaciones). De hecho, la creciente penetración renovable en el sistema eléctrico español, junto con los graves errores que se han cometido en la regulación de estas tecnologías, son los factores principales que explican el incremento del coste del suministro eléctrico en los últimos años.

— También el grado de intervención administrativa y política es muy diferente. En el caso del suministro eléctrico, la Administración regula numerosos aspectos del suministro: tanto aspectos comerciales, como la frecuencia de la facturación,[51] como el *mix* de generación, estableciendo ambiciosos objetivos para tecnologías de generación muy caras y lejanas de la competitividad comercial, como la fotovoltaica o la termosolar. Estas intervenciones administrativas, mucho más frecuentes e intensas que en el caso de las telecomunicaciones, redundan normalmente en mayores costes o peores servicios para los usuarios.

Es posible que el advenimiento de la generación distribuida y el desarrollo de nuevas tecnologías de almacenamiento de energía, coordinados mediante las denominadas redes inteligentes, suponga para el suministro de electricidad una revolución tecnológica y económica similar a la que la telefonía móvil e internet supusieron para las telecomunicaciones. Pero también puede suceder que estas «revoluciones» nazcan viciadas por errores regulatorios similares a los que se han cometido con algunas tecnologías renovables. Por ejemplo, algunas de las propuestas que se han hecho en relación con el denominado «mecanismo de balance neto» para fomentar la generación distribuida no son sino intentos de aprovechar imperfecciones en la estructura de los peajes de acceso para hacer la generación distribuida artificialmente competitiva frente a la generación convencional, y su adopción a gran escala no haría sino multiplicar el problema del déficit de tarifas.

Conclusiones

La liberalización del mercado de electricidad comenzó hace quince años. En este tiempo se ha ido extendiendo el colectivo de consumidores con derecho a elegir

51. La introducción de la facturación mensual, basada en estimaciones de consumo a partir de medidas tomadas cada dos meses, ha sido uno de los mayores factores de descontento de los consumidores en los últimos años.

suministrador, hasta llegar a la totalidad del mercado, se han eliminado las tarifas reguladas para los consumidores de alta tensión y los de baja tensión de gran consumo y se han realizado numerosas transformaciones estructurales en el sistema eléctrico. Se ha desarrollado un mercado mayorista altamente competitivo (véase el capítulo correspondiente de la edición de 2009 de este Anuario). La competencia ha tenido un impacto real en los grandes clientes, que ya están habituados a cambiar de suministrador o a sacar a concurso sus suministros de energía. No obstante, nada puede reprocharse a los consumidores domésticos si estos no son conscientes de la existencia de competencia en el sector, o la consideran insuficiente.

La realidad es que este proceso de liberalización ha sido muy tímido, y ha ido acompañado del mantenimiento de una tarifa regulada, la tarifa de último recurso, que «protege» a la mayor parte de los consumidores. El problema es que esta protección es más teórica que real. La existencia de una tarifa regulada de ámbito tan amplio (que cubre a más de 26 millones de clientes en España) ha tenido un efecto de barrera de entrada, dificultando la entrada a comercializadores que veían muy difícil competir contra esta tarifa. Por ello la entrada de nuevos comercializadores se ha centrado en los segmentos no protegidos por la tarifa de último recurso.

Cualquier tarifa regulada, aunque esté bien calculada y responda a precios de mercado y a los costes reales del suministro, supone una cierta barrera a la competencia. Pero en el caso español las tarifas reguladas distan mucho de estar bien calculadas. Durante años, las tarifas de acceso incorporaban precios de energía muy distantes de los del mercado. Y los peajes de acceso están muy lejos de ser suficientes para los costes regulados que teóricamente han de cubrir. Durante varios años el esquema de tarifas incorporaba tales distorsiones que hacía imposible para un comercializador competir contra los precios regulados.

Pese a que algunas de estas distorsiones han sido ya eliminadas, persiste el grave problema del déficit de tarifa, que ha justificado (y sigue justificando) todo tipo de medidas regulatorias y políticas con el teórico objetivo de su eliminación. Sin embargo, esta sucesión de medidas (de las que hemos tenido numerosos ejemplos en 2012) ha creado una incertidumbre regulatoria sin parangón en la Unión Europea, reconocida y denunciada por los mercados financieros y por la Comisión Europea.

Esta incertidumbre regulatoria no solo tiene el bien conocido efecto de perjudicar las inversiones en generación y distribución, ante el peligro, siempre presente, de que cambien las reglas del juego «sobre la marcha» (como ha ocurrido este año con la distribución o con la generación insular) o ante los tratamientos y rentabilidades injustificadamente asimétricas de algunas actividades (principalmente la distribución eléctrica y la generación convencional) frente a otras (como algunas tecnologías renovables). Lógicamente, la incertidumbre regulatoria también dificulta el desarrollo de la comercialización, especialmente la dirigida a

clientes domésticos y pequeñas empresas, dado que se trata del sector que requiere de mayores inversiones y costes operativos para poder desarrollarse.

Mientras no se dé el paso de eliminar las tarifas reguladas (reduciéndolas a su verdadera finalidad de protección a los clientes vulnerables) y de poner fin a las causas estructurales del déficit de tarifas, no será posible que se desarrolle una comercialización verdaderamente competitiva en todos los segmentos del mercado.

SEGUNDA PARTE

DIRECCIONES DE INTERNET

1. Unión Europea

Alemania: Bundeskartellamt
http://www.bundeskartellamt.de/

Alemania: Monopolkommission
http://www.monopolkommission.de/

Austria: Bundeskartellanwalt
http://www.justiz.gv.at/internet/html/default/8ab4a8a422985de30122a92c3e89637f.de.html

Austria: Bundeswettbewerbsbehörde
http://www.en.bwb.gv.at/Seiten/default.aspx

Bélgica: Autorité belge de concurrence
http://economie.fgov.be/fr/entreprises/concurrence/Autorite_belge_concurrence_Introduction/

Bulgaria: Commission on Protection of Competition
http://www.cpc.bg/Default.aspx

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.uvk.gov.si/

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: Autoridad Catalana de la Competencia
http://acco.gencat.cat

España: Tribunal de Defensa de la Competencia de la Comunidad Valenciana
http://www.indi.gva.es/portal/opencms/es/Competencia.html#3

España: Consejo Gallego de la Competencia
http://www.tgdcompetencia.org/

España: Tribunal para la Defensa de la Competencia de Castilla y León
http://www.jcyl.es/web/jcyl/Gobierno/es/Plantilla66y33/1246989994133/_/_/_&tipoLetra=x-small

España: Jurado de Defensa de la Competencia de Extremadura
http://juradocompetenciaextremadura.gobex.es/index.php/Composicion-y-Funcionamiento/jurado.html

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

Estonia: Estonian Competition Authority
http://www.konkurentsiamet.ee

Finlandia: Kilpailuvirasto
http://www.kilpailuvirasto.fi/cgi-bin/suomi.cgi

Francia: Autorité de la Concurrence
http://www.autoritedelaconcurrence.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/default.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://kt.gov.lt/

Luxemburgo: Conseil de la Concurrence
http://www.concurrence.public.lu/

Malta: Malta Competition and Consumer Affairs Authority
https://secure2.gov.mt/consumer/home?l=1

Polonia: Office of Competition and Consumer Protection
http://www.uokik.gov.pl/en/

Portugal: Autoridade da Concorrência
www.autoridadedaconcorrencia.pt

Reino Unido: Competition Commission
http://www.competition-commission.org.uk/

Reino Unido: Office of Fair Trading
http://www.oft.gov.uk/

República Checa: Office for the Protection of Competition
http://www.compet.cz/en/

Rumanía: Competition Council
http://www.competition.ro/en/index1.asp?lang=en

Suecia: Swedish Competition Authority
http://www.konkurrensverket.se/

2. Europa no comunitaria

Croatia: Croatian Competition Agency
http://www.aztn.hr/

Islandia: Competition Authority
http://www.samkeppni.is/

Israel: Antitrust Authority
http://www.antitrust.gov.il/eng/

Macedonia: Monopoly Authority
http://www.mon.upr.gov.mk/index-eng.htm

Noruega: Competition Authority
http://www.konkurransetilsynet.no/

Rusia: Federal Antimonopoly Service of the Russian Federation
http://www.fas.gov.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/amc/control/uk/index;jsessionid=A2E27CB6E85C4B29BA0470D30C6C1C9E

3. América

Argentina: Comisión Nacional de Defensa de la Competencia
http://www.mecon.gov.ar/cndc/

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/es/web/guest/proteccion-a-la-competencia

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: Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia
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.gob.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/

China: State Administration for Industry and Commerce
http://www.saic.gov.cn/english/index.html

China: Ministry of Commerce, Anti-Monopoly Bureau:
http://fldj.mofcom.gov.cn

Corea: Fair Trade Commission
http://www.ftc.go.kr/

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/en/

Nueva Zelanda: Commerce Commission
http://www.comcom.govt.nz/

Tailandia: Business Competition Bureau
http://www.dit.go.th/diteng/

Taiwan: Fair Trade Commission
http://www.ftc.gov.tw/internet/english/index.aspx

Uzbekistán: State Committee on Demonopolization and Competition Development
http://www.antimon.uz/

5. África

Kenia: Competition Authority of Kenya
http://www.cak.go.ke/

Sudáfrica: Competition Commission
http://www.compcom.co.za

Sudáfrica: Competition Tribunal
http://www.comptrib.co.za/

Zambia: Competition and Consumer Protection Commission (CCPC)
http://www.ccpc.org.zm/

6. Organizaciones internacionales

APEC: Competition Policy and Law Group
http://www.apec.org/Groups/Economic-Committee/Competition-Policy-and-Law-Group.aspx

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/competition/

EFTA: Court
http://www.eftacourt.int/

FTAA - ALCA: Área de Libre Comercio de las Américas: Grupo de Negociación sobre Política de Competencia
http://www.ftaa-alca.org/ngroups/ngcomp_s.asp

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/competition/

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 la Unión Europea
http://curia.europa.eu/

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.fundacionico.es/index.php?id=371

European University Institute
http://www.iue.it/RSCAS/Research/Competition/

Findlaw
http://lawecon.lp.findlaw.com/
http://www.findlaw.com/01topics/01antitrust/index.html

Global Competition Law Centre (College of Europe)
http://www.coleurope.eu/fr/website/recherches/global-competition-law-centre

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 Bar Association's Global Competition Forum
http://www.globalcompetitionforum.org/

International Competition Network
http://www.internationalcompetitionnetwork.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: 978-84-490-3347-6