

ANUARIO
DE LA
COMPETENCIA

ANUARIO
DE LA
COMPETENCIA
2013

2013



fundación



fundación



UAB
Universitat Autònoma de Barcelona



Marcial
Pons

El **Anuario de la Competencia 2013** forma parte de una colección iniciada en el año 1996 y que tiene su continuidad en los años posteriores (1997-2012).

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

Para la consecución de estos objetivos, el **Anuario** recoge aportaciones de destacados especialistas que analizan cuestiones importantes para el desarrollo de la competencia que han sido relevantes en el año 2013 y comentarios de casos concretos dictados en este año.

ANUARIO DE LA COMPETENCIA 2013

ANUARIO DE LA COMPETENCIA 2013

ANUARIO DE LA COMPETENCIA 2013

ANUARIO DE LA COMPETENCIA
2013

ANUARIO DE LA COMPETENCIA 2013

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 2013

Enrique ANDREU

Economista. Compass Lexecon

NURIA ARENAS MONTAÑANA

Asociada de Broseta Abogados

Luis BERENGUER FUSTER

Expresidente de la CNC

Senior Advisor Broseta Abogados

Marta BARDÓN FERNÁNDEZ-PACHECO

Técnico Comercial y Economista del Estado

Daniele CALISTI

*European Commission, Directorate General for
Competition*

Francisco CANTOS BAQUEDANO

Abogado

Freshfields Bruckhaus Deringer, Madrid

Juan Manuel CONTRERAS DELGADO DE COS

*Subdirector Adjunto de la Subdirección de ayudas públicas
e informes de proyectos normativos de la CNMC*

Julio COSTAS COMESAÑA

*Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad
de Vigo*

Juan CORONA

*Catedrático de Hacienda Pública
Universitat Abat Oliba CEU*

Miguel CUERDO MIR

Universidad Rey Juan Carlos

Beatriz DE GUINDOS TALAVERA

*Subdirectora de Industria y Energía
Dirección de Competencia
CNMC*

Fernando DÍEZ ESTELLA

*Profesor Contratado Doctor de Derecho Mercantil
Centro U. Villanueva, adscrito a la Universidad
Complutense de Madrid*

Jonathan ENTRENA ROVERS

Abogado

Freshfields Bruckhaus Deringer, Madrid

Carles ESTEVA MOSSO

*European Commission, Directorate General for
Competition*

Jordi FORNELLS DE FRUTOS

*Subdirector de Sociedad de la Información de la Dirección
de Competencia de la CNMC*

Juan Enrique GRADOLPH CADIerno

Vocal asesor de la Vicepresidencia de la CNMC

Luke HAASBEEK

*European Commission, Directorate General for
Competition*

Joaquim HORTALA I VALLVÉ

Jefe de la Asesoría Jurídica de la CNMC

María Jesús MAZO VENERO

*Subdirectora de Servicios
Dirección de Competencia
CNMC*

Héctor OTERO OTERO

Economista

Jorge PADILLA

Economista. Compass Lexecon

Carlos PADRÓS REIG

*Profesor Titular de Derecho Administrativo y de Derecho
Europeo*

Universitat Autònoma de Barcelona

Patricia PÉREZ FERNÁNDEZ

*Doctoranda en Derecho Mercantil
Instituto Max-Planck de Derecho de la Competencia
y Propiedad Intelectual (Múnich) /Universidad
de Castilla-La Mancha*

Vera SOPeÑA BLANCO

Abogado

Yara SUÁREZ BARRIENTOS

Subdirectora del Sector Postal de la CNMC

ANUARIO DE LA COMPETENCIA 2013

DIRECCIÓN

LLUÍS CASES

Profesor Titular de Derecho Administrativo

Universidad Autónoma de Barcelona

Socio Garrigues, Abogados y Asesores Tributarios

FUNDACIÓN ICO

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2014

ANUARIO DE LA COMPETENCIA 2014

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

© Fundación ICO

© MARCIAL PONS

EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.

San Sotero, 6 - 28037 MADRID

☎ (91) 304 33 03

www.marcialpons.es

ISBN: 978-84-15948-67-4

Depósito legal: M. 2.543-2014

Diseño de la cubierta: ene estudio gráfico

Fotocomposición: JOSUR TRATAMIENTO DE TEXTOS, S. L.

Impresión: ELECÉ, Industria Gráfica, S. L.

Polígono El Nogal - Río Tiétar, 24 - 28110 Algete (Madrid)

MADRID, 2014

SUMARIO

	<u>Pág.</u>
Presentación (Fundación ICO).....	9
 PRIMERA PARTE. ESTUDIOS	
La tipificación de la actividad de la Administración como facilitadora de cárteles (Julio COSTAS Y COMESAÑA y Joaquim HORTALÀ I VALLVE).....	13
Towards an Effective Right to Full Compensation: The Proposal for a Di- rective on Antitrust Damages Actions (Carles ESTEVA MOSSO, Daniele CALISTI and Luke HAASBEEK).....	33
Política de competencia y programas de clemencia: una revisión desde la economía del derecho (Miguel CUERDO MIR).....	45
Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC): FAQ (Carlos PADRÓS REIG).....	67
The use of economic theory and evidence in Univeral MUSIC GroUp/EMI music (Enrique ANDREU and Jorge PADILLA).....	119
La reciente doctrina de la Audiencia Nacional en torno al cálculo de las multas por infracciones de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competen- cia; ¿Hacia el fin de una política de competencia eficaz? (Vera SOPEÑA BLANCO y Héctor OTERO OTERO).....	133
Precios excesivos y dominancia colectiva: El caso de los mensajes cortos de telefonía móvil (Jordi FORNELLS y Juan Enrique GRADOLPH).....	173
Cuestiones actuales sobre las ayudas de estado a los clubes de fútbol. Pro- puestas de solución jurídica a algunos supuestos controvertidos (Luis BERENGUER FUSTER y Nuria ARENAS MONTAÑANA).....	203
Competencia y sector agroalimentario (Beatriz DE GUINDOS TALAVERA).....	231
El proceso de concentración bancaria en España (María Jesús MAZO VE- NERO).....	249
Análisis estratégico de la armonización fiscal en la Unión Europea. Un en- foque competitivo (Juan CORONA).....	269

	Pág.
El trámite de información y observaciones del artículo 11.4 del Reglamento 1/2003 y su encaje en el procedimiento sancionador español (Francisco CANTOS BAQUEDANO y Jonathan ENTRENA ROVERS)	281
Las participaciones minoritarias en empresas competidoras (Marta BARDÓN FERNÁNDEZ-PACHECO).....	301
Problemas derivados de la atribución europea de responsabilidad a las sociedades matrices por los ilícitos anticompetitivos de sus filiales: de <i>Stora</i> a <i>Portielje</i> , pasando por <i>Akzo Nobel</i> y <i>Elf-Aquitaine</i> (Fernando DIEZ ESTELLA y Patricia PÉREZ FERNÁNDEZ)	321
La actividad de los mercados centrales mayoristas de productos perecederos y la justificación de las reservas municipales de actividad (Juan Manuel CONTRERAS y Yara SUÁREZ)	359

SEGUNDA PARTE. DIRECCIONES DE INTERNET

Unión Europea	383
Europa no comunitaria.....	385
América.....	385
Asia y Australia.....	386
África	387
Organizaciones internacionales.....	387
Otras direcciones de interés	388

PRESENTACIÓN

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

En la actualidad, podemos afirmar que este Anuario se ha convertido en una obra de referencia para todas aquellas personas interesadas en esta materia, que suscita cada vez más interés, encontrando en esta publicación una fuente de consulta e información de gran ayuda. Los expertos que colaboran año tras año en esta obra constituyen por sí mismos una garantía de rigor y seriedad de su contenido.

El ejercicio 2013 da cuenta de las principales novedades aparecidas y reproduce documentos de especial relevancia emitidos en dicho ejercicio, todo ello en las secciones ya habituales, siendo el orden de presentación similar a las ediciones de años anteriores: estudios de especialistas, legislación y jurisprudencia.

En materia de competencia, una de las principales novedades de este año, sin duda alguna, ha sido la fusión de varios organismos reguladores sectoriales en un único organismo, la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC). El principal objetivo de este organismo es 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.

Su entrada en vigor supone una modificación institucional de gran calado, puesto que se crea un «macrorregulador» económico que integra en un único organismo las siguientes autoridades: la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), la Comisión Nacional de la Energía (CNE), la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT), la Comisión Nacional del Sector Postal, el Comité de Regulación Ferroviaria, la Comisión Nacional del Juego, la Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria y el Consejo Estatal de Medios Audiovisuales. Esta reforma sin precedentes trata de conseguir, a la vez, una simplificación administrativa y una efica-

cia en la gestión de los recursos públicos, evitando duplicidades y aprovechando economías de escala.

Asimismo, esta obra aborda con profundidad otros temas de indudable interés para cualquier lector interesado en la materia, cuestiones tan de actualidad y variedad como las ayudas de Estado a los clubes de fútbol, los precios excesivos y dominancia colectiva en el caso concreto de los mensajes cortos de telefonía móvil o el proceso de concentración bancaria en España.

En este sentido, habría que destacar el histórico proceso de concentración bancaria al que estamos asistiendo en España. Como ya se apuntaba en la anterior edición, desde el inicio de la crisis financiera mundial la Comisión ha desarrollado un marco de orientación y evaluación para los Estados en el que señala la base concreta sobre la cual ha de declararse la compatibilidad con el mercado común de las medidas adoptadas a favor de las instituciones financieras. Por lo que se refiere al régimen de concentraciones, la cuestión más destacada ha sido la de dilucidar si el estándar que se emplea cotidianamente para autorizar estas operaciones ha de ser flexibilizado a fin de amparar todas las fusiones y adquisiciones que se están llevando a cabo en la actualidad entre instituciones financieras de relevancia sistémica.

El resultado evidente, sin entrar en otras valoraciones, es que se ha asistido a una histórica reordenación del mapa financiero español desde el inicio de la crisis del que podemos afirmar que el ICO ha sido testigo de primera mano. Es sobradamente conocido que el ICO, al carecer de sucursales, utiliza la fórmula de la mediación en colaboración con las Entidades Financieras implantadas en España para distribuir sus líneas de financiación, que son las encargadas de comercializar a través de sus redes de oficinas las líneas de financiación del ICO a las que se dirigen directamente los clientes interesados. Por ello, el ICO ha sido un «espectador» privilegiado en este proceso de concentración bancaria ya que ha tenido que adaptarse a esta situación nunca antes ocurrida con esta magnitud en España.

Es evidente que las operaciones de concentración provocan una modificación temporal o permanente de la estructura de los mercados que, en determinados casos, puede tener efectos negativos para la competencia en dichos mercados. El papel de la política de Competencia debe velar en estos casos por mantener abiertos los mercados y controlar las posibles distorsiones que resulten de esta situación, así como eliminar posibles barreras artificiales a la entrada en el mercado.

No quisiéramos dejar de agradecer un año más a todos los profesionales que han participado en la elaboración de esta obra y en especial a su director, Lluís Cases, su análisis exhaustivo y certero de cada una de las cuestiones abordadas, lo que hace de este informe una obra de referencia.

PRIMERA PARTE

ESTUDIOS

LA TIPIFICACIÓN DE LA ACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN COMO FACILITADORA DE CÁRTELES

Julio COSTAS COMESAÑA *

Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Vigo

Joaquim HORTALÀ I VALLVÉ **

Jefe de la Asesoría Jurídica de la CNMC

1. LA NOCIÓN DE ACTIVIDAD ECONÓMICA COMO CRITERIO DELIMITADOR DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

El Derecho de la competencia prohíbe toda conducta realizada en el mercado que resulte objetivamente apta para restringir la competencia efectiva. Quién realiza esa conducta, es decir, el estatuto jurídico y el régimen de financiación del autor o responsable de la misma resultan irrelevantes como criterios delimitadores del ámbito de aplicación del Derecho de defensa de la competencia ¹.

Desde esta perspectiva lo que caracteriza al potencial sujeto infractor de las conductas prohibidas por la LDC es la realización de una actividad económica ². Por tanto, entendemos que es este concepto y no el de empresa (empresario) el que delimita el ámbito de aplicación del Derecho de defensa de la competencia. Es decir, el Derecho de la competencia no admite tanto una delimitación subjetiva como objetiva, o por relación con la naturaleza económica de la actividad «materialmente» desarrollada por el sujeto.

* Consejero de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) desde 09/2007 a 10/2013.

** Secretario del Consejo de la CNC desde 01/2013 a 10/2013.

¹ Recordemos que la disposición adicional 4.^ª1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), establece el siguiente concepto de empresa: «Se entiende por empresa cualquier persona o entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación». Concepto que se corresponde con el utilizado en la jurisprudencia europea: entre otras muchas, SSTJUE de 23 de abril de 1991, C-41/90, *Höfner y Elser*, apartado 21, y de 22 de enero de 2002, C-218/00, *Cisal*, apartado 22.

² Sobre este concepto, entre las más recientes con cita de los precedentes y respecto de la actividad de un organismo público, véase la STJUE de 12 de julio de 2012, C-138/11, *Compass-Datenbank*, apartados 34-49.

Lo relevante a la hora de calificar una actividad como económica es que se ejercite en competencia, en un contexto de mercado. Este análisis se debe hacer en el caso en concreto y atendiendo exclusivamente a la conducta objeto de análisis, haciendo abstracción del hecho de que no se trate de la única actividad o de la actividad principal de la entidad de que se trata que, por tanto, podría desarrollar otra u otras actividades que pudieran no ser de naturaleza económica, como no lo son las que constituyen ejercicio de prerrogativas públicas³.

En este sentido el hecho de que una Administración u organismo público ejercite una actividad económica en competencia con otros operadores hace prueba de que existe un mercado, y que cuando menos indiciariamente quien la ejercite es, en relación con tal actividad, una empresa a los efectos del Derecho de la competencia. Cuando la actividad en cuestión se ejercite en régimen de monopolio por decisión de una autoridad pública, será necesario examinar si la voluntad del legislador es excluir tal actividad del mercado o, por el contrario, es que el monopolio desarrolle esa actividad económica como una actividad de mercado⁴. En definitiva, las prohibiciones de conductas anticompetitivas se aplican con normalidad a las conductas de la Administración que supongan el ejercicio de una actividad económica, incluso cuando esa actividad adopta la forma de actuación sujeta al Derecho administrativo, así como cuando se realiza al margen de la habilitación legal para el cumplimiento de sus fines públicos, pues lo relevante es que se trata de una actividad que se desarrolla en el mercado.

Esta conclusión tiene apoyo en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo dictada en su actividad casacional de las sentencias revisoras de la Audiencia Nacional relativas a las resoluciones del antiguo TDC. El Alto Tribunal ha ratificado la plena sujeción de la actuación de la Administración a la legislación de defensa de la competencia, «aun en los casos en los que las propias Administraciones públicas o los organismos y sociedades de ese carácter lo hagan sometidos en mayor o menor medida al Derecho administrativo»⁵. Es decir, el hecho de que la actividad económica sea de-

³ STJUE de 12 de julio de 2012, C-138/11, *Compass-Datenbank*, cit., «en la medida en que un organismo público ejerce una actividad económica que puede dissociarse del ejercicio de sus prerrogativas de poder público, dicho organismo, por lo que respecta a esa actividad, actúa como una empresa, mientras que si dicha actividad económica es indisoluble del ejercicio de sus prerrogativas de poder público, todas las actividades ejercidas por dicho organismo permanecen actividades vinculadas al ejercicio de esas prerrogativas».

⁴ A este respecto el TJUE ha elaborado una serie de criterios de valoración que dependen de la actividad analizada, tales como la finalidad social o el principio de solidaridad. Véase la STJUE de 11 de julio de 2006, C-205/03 P, *FENIN* y la Resolución de la CNC de 14 de abril de 2009, expediente 639/08, *Colegio Farmacéuticos Castilla-La Mancha*.

Siguiendo al abogado general POIARES MADURO podríamos afirmar que «existe una actividad económica cuando dicha actividad es desarrollada por el Estado del mismo modo que un operador privado la ejercería en el mercado (según el principio de capitalización) o en competencia con operadores privados». M. POIARES MADURO, «The Chameleon State EU Law and the blurring of the private/public distinction in the market», disponible a mayo de 2013 en la web http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1575542&download=yes, p. 5.

⁵ Entre otras, STS de 19 de junio de 2007, Sala de lo Contencioso, FJ 3.º, relativa al expediente del TDC r 445/00, *Arquitectos Vasco Navarros*.

sarrollada por la Administración en el ejercicio de una potestad pública no es obstáculo para la aplicación de la normativa de defensa de la competencia a esa actividad.

En este mismo sentido, y de forma más contundente porque se hace extensivo el razonamiento a la Administración en general y no sólo a la corporativa, en la STS de 4 de noviembre de 2008, el Alto tribunal afirma:

«Ni el ejercicio de funciones públicas exime [...] a la Administración Pública en general de su sometimiento a la legislación de defensa de la competencia, ni la habilitación legal con que necesariamente actúan las Administraciones Públicas o las entidades que ejerzan funciones públicas implica, por su sola existencia, la aplicación del art. 2 de la Ley de Defensa de la Competencia [actual art. 4 de la LDC].

En efecto, en cuanto a lo primero, esta Sala ha declarado ya en varias ocasiones que, en principio, la Administración Pública está sometida a la Ley de Defensa de la Competencia y, en general, a la legislación que garantice en los diversos ámbitos la libre competencia [...].

Por lo que respecta a la cláusula estipulada en el art. 2 de la Ley de Defensa de la Competencia, también se ha pronunciado esta Sala estableciendo que no puede equipararse con una simple previsión o habilitación legal para actuar en beneficio de una Administración Pública o entidad de carácter público. Ello supondría, precisamente, el exceptuarlas de manera genérica del sometimiento al Derecho de la competencia pues, por principio, las Administraciones Públicas o entidades que ejercen poder público sólo actúan en ejercicio de potestades atribuidas por la Ley. La cláusula del art. 2 de la Ley de Defensa de la Competencia debe entenderse, por el contrario, como una previsión legal que autoriza a una conducta que, por sí misma, estaría incurso en las prohibiciones del art. 1 de la Ley [...].»

Por tanto, a modo de conclusión, podríamos afirmar que la Administración Pública desarrolla una actividad económica en competencia y sujeta a la prohibición de conductas unilaterales abusivas cuando demanda u oferta bienes o servicios en el mercado⁶, o sujeta a la prohibición de conductas colusorias cuando acuerda con otros operadores económicos conductas anticompetitivas⁷.

⁶ En relación con la actividad de demandante véase la STJUE *FENIN*, y actuando como oferente de servicios la STJUE *Compass-Datenbank*, ambas ya citadas.

⁷ Véanse las resoluciones del TDC de 24 de julio de 1997 (expte. 393/96, *Aparejadores Cádiz*) relativa a un convenio suscrito por el Ayuntamiento de San Fernando y de Conil de la Frontera con sus respectivos colegios territoriales de aparejadores y arquitectos, para la legalización de viviendas de protección oficial, declarado conducta prohibida por fijar los honorarios profesionales en cantidades distintas a las establecidas por Real Decreto, y de 27 de julio de 2006 (expte. 594/05, *Cines Campoo*), en la que se prohíbe el convenio suscrito por el Ayuntamiento de Aguilar de Campoo por el que se otorga a Campoo Salas la exclusividad de las exhibiciones cinematográficas en Aguilar de Campoo, por constituir en sí mismo un cierre del mercado. También las resoluciones de la CNC de 7 de mayo de 2008 (expte. 632/07, *Ayuntamiento Peralta*), prohibiendo el convenio entre el Ayuntamiento de Peralta y la Asociación de Feriantes de Navarra, cuyo objeto era evitar la competencia entre industrias feriales y similares durante las fiestas locales, ya que con el mismo, al margen de la concesión o denegación de una mera licencia, se establecía una barrera de entrada e indirectamente una exclusiva a favor de la Asociación, y la Resolución de 14 de abril de 2009 (expte. 639/09, *Colegio Farmacéuticos Castilla-La Mancha*) declarando prohibido el acuerdo suscrito entre el Servicio Salud de Castilla-La Mancha y el Consejo de Colegios Farmacéuticos de Castilla la Mancha, por el que se establecía un reparto del

2. INCIDENCIA DE LA ACTUACIÓN ANTICOMPETITIVA DE LA ADMINISTRACIÓN SOBRE EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD DE LAS EMPRESAS

Acabamos de apuntar que la actividad de la Administración desarrollada en el marco de acuerdos rubricados con empresas puede tener naturaleza económica, y por ello lo normal será considerar que la Administración actúa, en relación con ese acuerdo o convenio, como operador económico sujeto al Derecho de la competencia.

No obstante, existen otros supuestos en los que la actuación de la Administración se limita a promover, amparar o fortalecer la eficacia de la actuación anticompetitiva de las empresas, de tal forma que no es posible considerar que su conducta tenga naturaleza económica, pues ni demanda ni oferta ningún bien o servicio en el mercado.

Este tipo de actividad restrictiva de la competencia de la Administración o de organismos públicos no elimina la antijuridicidad de la conducta anticompetitiva de las empresas promovida, fomentada o amparada por la Administración (art. 4.2 de la LDC)⁸, pero sí que ha sido considerada (más por los tribunales que por la autoridad de competencia) como una circunstancia que puede influir sobre el principio de culpa que informa el Derecho sancionador de competencia, bien como eximente o como atenuante de la responsabilidad administrativa de las empresas en aplicación de la doctrina de la confianza legítima⁹, o simplemente porque en el marco de un contexto normativo que induce a error, la activa participación de la Administración sectorial puede conducir a la empresa a concluir de buena fe que su actuación anticompetitiva era conforme a Derecho¹⁰.

Pero en la Resolución de la CNC de 6 octubre de 2011 (expte. S/0167/09 *Productores de Uva y Vinos de Jerez*)¹¹, la Autoridad de la Competencia no

mercado relevante mediante un sistema de turnos rotatorios entre farmacias para el suministro directo a los centros socio-sanitarios de la prestación farmacéutica.

⁸ Para un comentario general a este precepto, véase F. MARCOS, «ARTÍCULO 4. Conductas exentas por ley», en J. MASSAGUER *et al.* (dirs.), *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, 3.ª ed., Pamplona, 2012, pp. 243-313.

⁹ J. COSTAS, «La confianza legítima en la actuación de las administraciones públicas como límite al Derecho de la competencia», en J. GUILLÉN CARAMES (coord.), *Derecho de la competencia y regulación en la actividad de las Administraciones Públicas*, Madrid, 2011, pp. 105-134.

¹⁰ En efecto, en la SAN de 10 de abril de 2013 (recurso 652/2011), la Sección 6.ª de la Sala de lo Contencioso afirma que «la culpabilidad del sujeto infractor se vincula a la circunstancia de que su conducta no se halle amparada por una interpretación jurídica razonable de las normas aplicables, la suma de las dificultades en la interpretación descritas por la CNC y la actuación administrativa, aunque no sitúan a ASEVI-ASAJA dentro de los límites del principio de confianza legítima, si excluyen el elemento intencional en la comisión de la infracción, con la consecuencia de que no procede imponer sanción alguna». Este mismo razonamiento condujo a reducir la sanción impuesta en la SAN de la Sección 6.ª de la Sala de lo Contencioso de 21 de enero de 2011, relativa a la RCNC de 8 de septiembre de 2010, expediente S/0080/08, *Naviera línea cabotaje Ceuta Algeciras*.

¹¹ Esta Resolución ha sido comentada, críticamente, por F. MARCOS, «El ámbito de aplicación subjetivo de la LDC y la condena de la Junta de Andalucía en el cártel de la uva y del mosto de jerez: comentario a la RCNC de 6 de octubre de 2011, Exp. S/0167/09», *RCD*, núm. 11, 2012, pp. 253-275, donde se apunta que la Resolución de 10 de diciembre de 2003 pudiera constituir un antecedente re-

solo rechazó las alegaciones relativas a la falta de responsabilidad por aplicación del referido principio de la confianza legítima en la actuación de la Administración¹², sino que afirma que la Administración Pública puede ser sujeto infractor de la normativa de competencia incluso cuando, sin desarrollar una actividad económica de competencia, realiza al margen de una habilitación normativa específica y suficiente, actuaciones que amparan o refuerzan los efectos restrictivos de conductas realizadas por los operadores económicos.

3. EL CASO DEL CÁRTEL DE PRODUCTORES DE JEREZ

A. IMPUTACIÓN Y ALEGACIONES DE DEFENSA

En este expediente citado, la Dirección de Investigación de la CNC consideró que la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía (en adelante, CAP) era responsable de una infracción del art. 1 de la LDC y del art. 101 del TFUE, por su participación en los acuerdos de fijación de precios de la uva y el mosto de Jerez, desde septiembre de 2002 hasta, al menos, julio de 2007.

En sus alegaciones, la CAP argumentó que, si bien los organismos públicos pueden ser considerados como empresas en la medida en que llevan a cabo actividades económicas, no sería éste el caso, pues la CAP habría actuado dentro de su ámbito competencial propio y, en cualquier caso, la extralimitación de dichas funciones debería enjuiciarse en la jurisdicción contencioso-administrativa. A su juicio, al no tener carácter de operador económico, la CAP no puede ser sancionada y tampoco cabría atribuírsele responsabilidad en calidad de colaborador necesario, puesto que éste también debe ser una empresa que se lucra en el desarrollo de su actividad empresarial, lo que no sucede en el caso examinado.

Por otra parte, la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía, en su informe emitido en aplicación del art. 5.4 de la *Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia* considera que la actividad de la CAP no puede reputarse en ningún caso como económica,

moto de la resolución comentada (nota 80), y el *Informe sobre competencia y sector agroalimentario* de 2010 un antecedente más próximo (nota 84).

¹² Así, en el FD 9.º se afirma que: «En el caso que nos ocupa la actuación de la CAP, que a través del Plan Estratégico supeditó la adopción de una serie de medidas favorecedoras del sector al cumplimiento del acuerdo previo de las asociaciones de productores y transformadores del Marco de Jerez, y puso su firma en el citado acuerdo de 2002 y por tanto en el acuerdo de precios contenido en el mismo, razón por lo que está imputada en este expediente, no puede ser en ningún caso generadora de confianza legítima.

Por otra parte, si bien la CAP estampó su firma sin objeciones al contenido relativo a los precios, no se aprecia que realizase presión alguna en relación con la legalidad de los acuerdos sobre fijación de los mismos. En todo caso el silencio e incluso la aquiescencia de una autoridad no competente para aplicar las normas de competencia no puede generar confianza legítima sobre la legalidad de acuerdos sobre precios».

sin perjuicio de lo reprochable de su conducta en relación con su responsabilidad en el mantenimiento de la competencia en los mercados. Discrepa con la Dirección de Investigación en el sentido de que la falta de cobertura legal de la actuación de la CAP permita concluir que dicha actuación vulnera los arts. 101 del TFUE y 1 de la LDC. Se estaría así contemplando una nueva vía de inclusión de los Estados en el ámbito de aplicación del art. 101 del TFUE (destinado únicamente a empresas).

B. DOCTRINA DEL CONSEJO DE LA CNC

a) *Ejercicio inadecuado de potestades públicas restrictivo de la competencia*

Tras recordar en qué condiciones está sometida la actuación de una Administración Pública al Derecho de la competencia, el Consejo de la CNC procedió a determinar en qué forma participó la CAP en los hechos enjuiciados y las consecuencias jurídicas que ello implica a efectos de imputación y sanción por prácticas restrictivas de la competencia.

A este respecto, el Consejo observó que la CAP ostenta una serie de competencias específicas (regulatorias, de ordenación, planificación y control) que le reconoce su normativa, y que no son sino manifestaciones concretas de la genérica competencia que tiene toda Administración sectorial de adoptar las medidas necesarias para favorecer el correcto funcionamiento del sector o sectores que están bajo su ámbito de actuación. Es decir, se reconoce a la CAP una potestad pública de planificación y ordenación sectorial que, como toda potestad administrativa, tiene su origen en el ordenamiento jurídico y que es de carácter general y abstracto, sin concretar las actuaciones gubernativas que bajo su amparo se pueden adoptar. Esta falta de concreción no puede interpretarse en el sentido de que tenga una habilitación total y absoluta para desarrollar cualquier tipo de actuación destinada a garantizar el adecuado funcionamiento del sector, pues toda Administración debe ajustar el ejercicio de sus competencias no solo a la normativa de la que emanan, sino al resto del ordenamiento jurídico, incluyendo, evidentemente, la normativa de competencia.

En este sentido, hay que recordar que tanto el extinto TDC como la CNC han declarado contrarios a la LDC acuerdos y convenios suscritos por la Administración con operadores privados que restringían la competencia¹³. Es decir, se consideró que la actividad económica de la Administración (en esos casos, como operador económico), no obstante responder al ejercicio (inadecuado) de potestades públicas que el ordenamiento jurídico le atribuía para el cumplimiento de sus fines, cae bajo el ámbito de aplicación de la LDC si es objetivamente anticompetitiva y, por tanto, sancionable, sin que ello suponga hurtar del análisis de su legalidad a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

¹³ Véase *supra* nota 8.

No cabe duda de que la actuación imputada a la CAP, consistente en dar su conformidad a un acuerdo de fijación de los precios de venta de la uva y el mosto de Jerez, puesto que eso es lo que está haciendo al firmar el Plan Estratégico para el Marco de Jerez de 2 de septiembre de 2002, no puede en modo alguno ser considerada una de las medidas que, en su condición de regulador sectorial, puede adoptar para la ordenación del sector. Si no existe norma alguna con rango de ley que en este supuesto concreto permita a la Administración, de forma expresa y concreta, amparar acuerdos de fijación de precios entre competidores, resulta evidente que la CAP no está ejercitando debidamente una de las potestades que, para el adecuado cumplimiento de sus fines, tiene atribuida.

Pero si la decisión de amparar un acuerdo anticompetitivo evidencia un inadecuado ejercicio de una potestad pública, también lo prueba el instrumento empleado para ello, la firma de un denominado Plan Estratégico que incorpora un acuerdo entre operadores privados claramente restrictivo de la competencia, que en modo alguno, ni por su forma ni por su objeto, es uno de los instrumentos previstos en Derecho administrativo para el ejercicio de las competencias de ordenación y planificación sectorial de la CAP.

En definitiva, en estos casos la Administración está desapoderada de sus prerrogativas, precisamente por no ejercitar adecuadamente las potestades que tiene atribuidas y, por lo tanto, los efectos restrictivos de su conducta pueden ser analizados por la autoridad de competencia. El reconocimiento de esta potestad en modo alguno conlleva atribuirle a la CNC la competencia para revisar los actos administrativos, que corresponde en exclusiva a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, sino la potestad para investigar los efectos restrictivos de la competencia de una actuación de hecho de la Administración¹⁴.

b) *La conducta de la Administración como facilitadora del cártel*

En la Resolución comentada el Consejo de la CNC concluyó que la CAP era responsable, junto a las empresas autoras del acuerdo de fijación de precios, de una infracción del art. 1 de la LDC. En concreto, la CAP había participado en la adopción del citado Plan Estratégico, basado en el acuerdo sectorial de las organizaciones del marco de Jerez, en el que productores y bodegueros fijaban los precios de uva y mosto para los siguientes cuatro años. Asimismo, asumió la presidencia y participó en las distintas reuniones de la Comisión de Seguimiento del Plan Estratégico que se sucedieron desde su creación hasta, al menos, la reunión celebrada el 25 de mayo de 2006, en la que se ratificó el acuerdo sectorial de 2006 para las

¹⁴ En este sentido la STS de 19 de junio de 2007 de la Sección 3.ª de la Sala de lo Contencioso señala que, «[...] al versar el procedimiento en exclusiva sobre las cuestiones planteadas ante los órganos de defensa de la competencia y dentro de las atribuciones de éstos, quedan necesariamente fuera las cuestiones que puedan referirse directa y únicamente a la conformidad a Derecho de la actuación denunciada desde la perspectiva del Derecho administrativo, las cuales habrían de plantearse directamente como tales ante los tribunales de esta jurisdicción contencioso administrativa».

campañas 2006 y 2007. Durante este tiempo, la CAP veló por el adecuado cumplimiento del acuerdo llegando a proponer su revisión una vez constatado el incumplimiento por parte de alguno de los firmantes.

Por tanto, la CAP, excediéndose en las competencias de ordenación y planificación del sector, consintió y amparó una previa conducta anticompetitiva de fijación de precios, y además veló por su correcta aplicación, desarrollando una actuación que «va más allá de una acción mediadora que facilita la puesta en práctica de una restricción de la competencia, y que podría ser igualmente anticompetitiva, pues además actúa conjuntamente con los operadores del mercado para conseguir un objetivo común, cual es el poner en práctica una restricción de competencia [...]»¹⁵.

Es decir, la CAP desplegó una conducta que reúne los requisitos de la denominada figura del «facilitador» del cártel¹⁶, pues i) contribuyó activamente a la puesta en práctica de la conducta, existiendo un nexo de causalidad suficientemente concreto y determinante entre su actividad y la misma; y ii) consta su incuestionable voluntad de participar en la práctica restrictiva, ya que con su comportamiento pretendía contribuir a la consecución de los objetivos comunes perseguidos por el conjunto de los participantes, y tuvo conocimiento de los comportamientos ilícitos de las empresas¹⁷.

El facilitador puede no ser un operador económico del mercado afectado por el cártel y, sin embargo, participar en la infracción en calidad de «sujeto infractor»¹⁸. Puede compartir el interés anticompetitivo que es común a las empresas cartelizadas, lo que sucederá habitualmente cuando el facilitador es la asociación sectorial, pero nada obsta a que su actuación, auxiliar pero esencial para que el cártel alcance su objetivo anticompetitivo, esté motivada por otro interés u objetivo, como sucede en los casos en los que el facilitador es una empresa o profesional prestador de determinados servicios¹⁹. Y ello es así porque sabemos que para que una conducta caiga

¹⁵ Resolución de la CNC de 28 de julio de 2010, expediente S/0091/08, *Vinos Finos de Jerez*.

¹⁶ STPI de 8 de julio de 2008, T-99/04, *Treuhand/Comisión*, y Resoluciones de la CNC de 2 de marzo de 2011 (expte. S/0086/08, *Peluquería Profesional*), de 13 de mayo de 2011 (expte. S/0159/09, *UNESA y asociados*), y de 28 de julio de 2010 (expte. S/0091/08, *Vinos de Jerez*).

Con anterioridad a la sentencia *Treuhand*, en la sentencia de 12 de septiembre de 2007, T-36/05 *Coats/Comisión*, el TPI consideró que la función de Coats en el cártel era más próxima a la de un «mediador» que a la de un miembro de pleno Derecho de la práctica colusoria, por lo que estimó oportuno reducir el importe de la multa un 20 por 100 para tener en cuenta esta circunstancia atenuante. También con anterioridad, la Comisión Europea había declarado la responsabilidad de «facilitadores» en prácticas anticompetitivas, aunque no les había sancionado: véanse Decisión 80/1334/CEE, de 17 de diciembre de 1980, asunto IV/29.869, *Italian cast glass*, DOCE 1980 L 383, p. 19, Secc. II.A.4, *in fine*; y Decisión 86/398/CEE, de 23 de abril de 1986, en el asunto IV.31.149, *Polipropileno*, DOCE 1986 L 230, p. 1, considerando 106 y art. 2.

¹⁷ De otra opinión es F. MARCOS, cit., pp. 270-275, que considera «inaudito» calificar la actuación de la CAP como de facilitador, porque entiende que éste debe perseguir con su actuación el objetivo anticompetitivo del cártel y no puede atribuirse a la actuación arbitraria y desviada de aquélla tal objetivo.

¹⁸ En el caso *Transitarios*, en la medida en que estaba acreditada su participación en reuniones del cártel, la CNC considero a tal empresa infractora de la prohibición de acuerdos colusorios, pese a que no operaba en el mercado afectado por el cártel sancionado. Resolución de 31 de julio de 2010, expediente S/0120/08.

¹⁹ Véase la Resolución de 25 de marzo de 2013, Expte, S/0316/10, *Sobres de Papel*, FD 5.º C.1.

bajo la prohibición *antitrust* es necesario y suficiente que tenga aptitud objetiva para restringir la competencia.

Dada la naturaleza instrumental de las conductas que despliega quien actúa como facilitador de una conducta colusoria (convocar y organizar las reuniones, recabar, tratar, custodiar y circular la información, vigilar el cumplimiento...), se deduce razonablemente que este sujeto ni tan siquiera tiene que ser un operador económico²⁰. Carecen de tal condición las asociaciones empresariales sancionadas por la CNC por su papel de facilitador del cártel²¹, y no tienen por qué serlo otro tipo de entidades o sujetos que puedan intervenir en tal calidad en un cártel, pues de la propia sentencia *Treuhand* del TJUE se puede colegir que los requisitos para apreciar la presencia de la figura del facilitador se centran en una concreta forma de intervención y en el conocimiento de la conducta infractora, y no tanto en la condición jurídico-económica de quien la realiza.

Como hemos señalado al principio, de la jurisprudencia resulta que lo relevante para que una conducta quede sujeta al Derecho de la competencia no es la condición jurídica del sujeto sino los efectos anticompetitivos de su conducta, de modo que si la conducta incide negativamente sobre el nivel de competencia en el mercado, la misma cae dentro del ámbito de la LDC, sea quien sea el autor, a excepción de que goce de amparo legal ex art. 4 LDC. En este sentido, la Sección 6.ª de la Sala de lo Contencioso de la AN, en sentencias de 27 de febrero de 2009 y de 11 de noviembre de 2003, señala que «la conducta prohibida puede ser realizada por cualquier agente económico —término amplio que incluye no sólo a las empresas, sino también a todos aquellos cualquiera que sea su forma jurídica, que intermedien o incidan en la intermediación en el mercado—; pero también por asociaciones o agrupaciones de aquellos agentes económicos»²².

Tal es el efecto que produce a juicio del Consejo de la CNC la actuación de la CAP, consistente en participar en la elaboración y en la ejecución de un acuerdo privado anticompetitivo, en el que ciertamente no tiene un interés comercial pero en el que, excediéndose de las competencias que le atribuye la normativa, toma parte con el objetivo de facilitar la consecución y eficacia anticompetitiva del mismo²³.

En definitiva, pues, a modo de conclusión cabría afirmar que la participación de la Administración en un acuerdo anticompetitivo como facilitador

²⁰ Recuérdese que según la jurisprudencia los ilícitos anticompetitivos no tienen como presupuesto (como elemento del tipo) la concurrencia de un enriquecimiento injusto en el infractor, de forma que no es preciso que la conducta proporcione un beneficio económico al infractor: STJUE de 2 de octubre de 2003, C-195/99, *Krupp Hoesch/Comisión*.

²¹ Véase, a título de ejemplo, *supra* nota 16.

²² En efecto, el art. 1 de la LDC y el art. 101 del TFUE consideran insertos en la prohibición de las conductas colusorias las decisiones y recomendaciones de las asociaciones de empresas, no porque se les pueda calificar como empresas sino porque su conducta resulta objetivamente apta para generar el efecto de unificar el comportamiento competitivo de sus asociados; para *incidir* en el mercado.

²³ No obstante, porque era razonable entender, dada la ausencia de antecedentes, que la CAP podía no ser consciente de que su participación activa en el cartel pudiera ser constitutiva de una infracción del art. 1 de la LDC, el Consejo no le impuso sanción.

(impulsándolo, refrendándolo o promoviendo su ejecución), al margen de las prerrogativas que le otorga el ordenamiento jurídico y sin amparo legal constituye una conducta que cae bajo el ámbito del art. 1 LDC, incluso si tal forma de actuación no constituye en sí misma una actividad económica, pues lo relevante en sede de la LDC es la aptitud objetiva de esa conducta administrativa para impulsar, generar o reforzar los efectos restrictivos de la conducta colusoria en la que participa. En estos casos, la autoridad de competencia es competente para reprimir y sancionar tales efectos restrictivos de la actuación administrativa articulada mediante una actuación material²⁴, cuya conformidad con el Derecho administrativo y, por tanto, su expulsión del ordenamiento jurídico, sigue correspondiendo a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, incluso a instancias de la CNC mediante el instrumento de la legitimación activa del art. 12.3 de la LDC²⁵.

Personalmente consideramos que esta interpretación es coherente con el art. 61 de la LDC, que se refiere genéricamente a «las personas físicas o jurídicas que realicen las acciones u omisiones tipificadas como infracciones en esta Ley», e igualmente es consistente con una interpretación sistemática de la propia LDC, en cuyo art. 1 no se menciona expresamente a las empresas como únicos sujetos capaces de desarrollar las conductas colusorias, pues el objetivo es proporcionar una protección jurídica eficaz de la competencia efectiva en los mercados.

C. LA DOCTRINA DE LA AUDIENCIA NACIONAL: LAS NORMAS DE COMPETENCIA SOLO SON APLICABLES A LOS OPERADORES ECONÓMICOS

Este pronunciamiento de la CNC no ha sido confirmado por la Audiencia Nacional. En su sentencia de 16 de julio de 2013²⁶, la Audiencia anula la resolución impugnada en este concreto aspecto al considerar que la CNC «no puede declarar que la Consejería de Agricultura y Pesca es responsable de una infracción de las normas sobre competencia ya que reconoce que dicho órgano administrativo no ha intervenido como operador económico sino en ejercicio de potestades públicas sin que el hecho de que dicho órgano administrativo se haya excedido de las competencias que le atribuye la normativa permita considerarle sujeto infractor al no haber sido realizadas

²⁴ F. DE LEMUS CHÁVARRI, «El acto administrativo ante la legislación de defensa de la competencia», en *Boletín Económico del ICE*, núm. 2720 (febrero-marzo 2002), pp. 19-35, p. 34, afirma que «[...] creemos necesario proclamar como conclusión, que el único criterio jurídicamente válido y de clara aplicación práctica para delimitar el campo de aplicación de la LDC en la realidad teórica y práctica, es el del concepto del “acto administrativo” propiamente tal, delimitado por la doble cualidad de emanar de una Administración Pública y que lo dicte en el ejercicio de una potestad administrativa».

²⁵ Creemos que comparte esta posición J. I. CUBERO, «Regulación, iniciativa pública económica y libre competencia: hacia un modelo sin inmunidades», en *Revista de Administración Pública*, núm. 184, Madrid, enero-abril (2011), pp. 121-156, pp. 147 y 155. También, críticamente, C. PADRÓS, «La presencia de la Administración Pública en cárteles privados: La regulación administrativo-colusoria», *Revista General de Derecho Administrativo*, 32 (2013), disponible en http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?numero=32&id=1.

²⁶ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 6.ª, recurso 626/2011.

al amparo de una Ley». Señala posteriormente que «el primer elemento relevante para que una conducta quede sujeta al Derecho de la competencia es determinar en qué condición actúa la Administración Pública y sólo si interviene como un operador económico puede ser examinada dicha conducta por la CNC. [...] sólo si interviene como operador económico puede ser declarada responsable de una infracción». Añade la sentencia que «para que una conducta objetivamente reprochable pueda ser sancionada por la autoridad de defensa de la competencia es necesario que el sujeto infractor esté incluido en el ámbito subjetivo de aplicación de las normas de defensa de la competencia». Por último, «ello no significa que esa conducta de la Consejería de Agricultura y Pesca no sea en su caso reprochable sino sólo supone que la CNC no puede declarar a la Administración responsable de tal infracción en el marco de un procedimiento administrativo sancionador ya que en este caso sólo se le reconoce legitimación para impugnar tal actuación ante la jurisdicción contencioso-administrativa conforme al art. 12.3 de la LDC 15/2007 [...]».

En definitiva, la Audiencia Nacional considera que: 1) La Autoridad de Competencia no puede fiscalizar la actuación derivada del ejercicio de una potestad administrativa aunque en su concreto ejercicio el titular de la misma se haya excedido. 2) Solo si el sujeto actúa como operador económico puede ser analizada su conducta a la luz de la LDC y, en su caso, ser declarado responsable de una infracción. 3) Solo cabe aplicar el régimen sancionador previsto en la LDC cuando el sujeto que incurra en la conducta ilícita esté incluido en el ámbito subjetivo de aplicación de la norma sancionadora. 4) La LDC solo reconoce a la Autoridad de Competencia la posibilidad de actuar frente a actos sujetos a Derecho administrativo por la vía de la legitimación activa que el art. 12.3 de la LDC²⁷ reconoce.

Esta sentencia de la Audiencia Nacional no es firme, pues contra ella ha sido preparado recurso de casación por la propia Autoridad de Competencia. Constando además doctrina del Alto Tribunal aparentemente discordante con lo razonado por la Audiencia²⁸ y a la espera de una doctrina jurisprudencial sobre la conformidad o no a Derecho de dicha sentencia, la CNC resolvió el 27 de septiembre de 2013 (expte. S/0314/10, *Puerto de Valencia*) mantener y precisar el criterio ya expuesto en la anterior resolución de 6 de octubre de 2011.

4. EL CASO DEL CÁRTEL DEL PUERTO DE VALENCIA

A. IMPUTACIÓN Y ALEGACIONES DE DEFENSA

En el expediente S/0314/10, la Dirección de Investigación de la CNC considera que la Consellería de Infraestructuras y Transporte de la Gene-

²⁷ Precepto formalmente derogado por la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, que el art. 5.4 de ésta última viene a reproducir de forma casi literal.

²⁸ Cfr. sentencias citadas *ut supra* (apartado 1).

ralitat Valenciana (en adelante CIP) ha vulnerado los arts. 1 de la LDC y 101 del TFUE, por su participación a partir de septiembre de 2010 y hasta abril de 2011 en las reuniones de la «Mesa sobre el sector del transporte de contenedores por carretera en el Puerto de Valencia» para establecer un marco coordinado de precios en función de los costes, facilitando así prácticas colusorias de diversos operadores del Puerto de Valencia contrarias a la normativa de defensa de la competencia.

El Consejo, ratificando el criterio de la Dirección de Investigación, considera que, mediante su actuación, la CIP no sólo consiente y ampara una conducta anticompetitiva de fijación de precios, excediendo con creces las competencias que tiene atribuidas sobre el sector, sino que además ha velado por su correcta aplicación. La CIP ha desempeñado un papel activo en la organización y vigilancia de la adecuada ejecución de un acuerdo de fijación de precios, contribuyendo considerablemente a su mantenimiento en vigor y, por tanto, a restringir grave y prolongadamente la competencia en el mercado.

En contra de dicha imputación, al margen de consideraciones ajenas al objeto de este artículo, se alzan motivos centrados en la inimputabilidad de la Generalitat, en tanto que Administración territorial, en el marco del régimen sancionador diseñado por la LDC, máxime teniendo en cuenta que en el contexto fáctico que el expediente investiga y sanciona, la CIP no actuaba como operador económico de acuerdo con la delimitación que de este concepto hace la doctrina jurisprudencial.

B. LA DOCTRINA DEL CONSEJO DE LA CNC. CONTESTACIÓN A LA AUDIENCIA NACIONAL

A pesar del pronunciamiento de la Audiencia Nacional, y en la medida en que este podría apartarse de anterior doctrina jurisprudencial, en su resolución de 27 de septiembre de 2013 la CNC reproduce y matiza la argumentación de la anterior resolución de 6 de octubre de 2011.

En aquella resolución se señaló que, para determinar si resulta apreciable la responsabilidad de una Administración Pública por la comisión de una infracción de la normativa de defensa de la competencia, resulta necesario el análisis sucesivo de tres cuestiones. En primer lugar, concretar en qué condiciones está sometida la actuación de una Administración Pública al Derecho de la competencia. En segundo término, determinar su forma de participación en los hechos y las consecuencias jurídicas que ello implica a efectos de imputación y sanción. Por último, dilucidar si resulta necesaria su intervención como operador económico para poder tener la consideración de sujeto infractor en concepto de facilitador. El análisis de dichas cuestiones en la referida resolución condujo a concluir que la Administración Pública, estando su actuación sometida a la Ley y al Derecho, lo estaba también necesariamente a las disposiciones de la LDC. Asimismo, la concreta actuación desarrollada por la Administración en dicho expediente

permitiría deducir una participación activa en la conducta a la que anudar la consiguiente responsabilidad. No concurriría tampoco amparo legal que según art. 4 de la LDC hubiera permitido eximir la antijuridicidad de la conducta. Por último, se niega que la condición de operador económico constituya un requisito indispensable para la aplicación de la normativa de defensa de la competencia y para el ejercicio de la potestad sancionadora prevista en la misma. Declarada la responsabilidad de la Administración, se resuelve, no obstante, no imponer sanción a la Administración dada la inexistencia de pronunciamientos previos.

En los apartados que siguen se analizan críticamente las conclusiones extraídas de la SAN de 16 de julio de 2013 *supra* relacionadas²⁹ que justifican el pronunciamiento de la CNC en su resolución de 27 de septiembre de 2013.

a) *Sobre si la Autoridad de Competencia puede o no fiscalizar la actuación derivada del ejercicio de una potestad administrativa*

De conformidad con el art. 9.1 y 103 de la Constitución, las Administraciones Públicas actúan con sometimiento pleno a la ley y al Derecho. Según lo ya referido, el Tribunal Supremo ha destacado en varias ocasiones la plena sujeción de las Administraciones Públicas a la normativa de defensa de la competencia³⁰. Señala claramente el Tribunal Supremo que la actuación de una Administración derivada de una potestad pública no obsta a que, en su ejercicio, esta se someta a lo previsto en el art. 1 de la LDC. En el concreto ejercicio de sus potestades, la Administración debe adecuarse, no solo a los elementos determinantes de la habilitación que el ordenamiento jurídico le atribuye (en particular, a la finalidad de dicha potestad, incurriendo en caso contrario en desviación de poder), sino al resto del ordenamiento jurídico. El ejercicio de una potestad en un determinado ámbito no ampara la vulneración de cualquier otra rama del ordenamiento jurídico.

En las resoluciones de la CNC analizadas por la jurisprudencia del Tribunal Supremo citada, la Administración actuó en ejercicio de potestades públicas, lo que no impidió el ejercicio de la potestad sancionadora por parte de la Autoridad de Competencia. El Alto Tribunal, pues, ha venido a señalar que el indebido ejercicio de potestades públicas puede ser analizado desde la perspectiva del Derecho de la competencia, sin que ello suponga hurtar del análisis de su legalidad a la jurisdicción contencioso-administrativa, consideración ésta de la que se aleja la SAN de 16 de julio de 2013, antes citada.

²⁹ Cfr. apartado 3.3.

³⁰ Entre otras, SSTS de 19 de junio de 2007, de 4 de noviembre de 2008 y de 6 de octubre de 2011.

b) *Sobre si la aplicación de la LDC debe o no limitarse a los sujetos que tengan la condición de operador económico*

De acuerdo con el contexto fáctico sobre el que se cimienta el expediente S/0314/10, la CIP incurre en una práctica objetivamente contraria al art. 1 de la LDC, al participar activamente en las reuniones de la «Mesa de transporte» para establecer un marco de coordinación de precios en función de los costes.

La legislación administrativa, a diferencia de la penal, no suele distinguir categorías abstractas de participación. De la participación en un ilícito administrativo, cualquiera que sea el grado o intensidad, deriva la responsabilidad, sin perjuicio que el grado en dicha participación puede modular la sanción en atención al principio de proporcionalidad. No existe pues, ni en la Ley 30/1992, ni en la LDC, categorías referidas a la participación del infractor (*i. e.* autor, inductor, cooperador necesario, cómplice), bastando que ésta tenga lugar a título de dolo o negligencia, incluida la simple inobservancia³¹. No obstante, la jurisprudencia no es ajena al análisis de la forma o grado de participación (o título de imputación) en un ilícito administrativo.

En particular, la jurisprudencia comunitaria ha precisado que la imputación a un sujeto de un ilícito de competencia y la consiguiente responsabilidad puede derivar de una acción de cooperación activa o de *facilitador* de la conducta³². Sobre esta premisa, ya se señaló que la Autoridad de Competencia ha sancionado, no sólo a las empresas, sino también a asociaciones en cuyo seno se desarrollaron las conductas restrictivas de la competencia³³ y a corporaciones de Derecho público³⁴. Como se afirmaba en la RCNC de 13 de mayo de 2011 (expte. S/0159/09 *UNESA y asociados*) respecto a la conducta de una asociación empresarial, la actuación de la CIP en el expediente *Puerto de Valencia* «constituye el medio sobre el que se soporta e instituye la colaboración y su intervención resulta decisiva y tiene entidad propia en el desarrollo de la conducta». Siguiendo otros precedentes de la CNC, la CIP «además de colaborar activamente» en la infracción, «mostró su voluntad de colaboración en la práctica»³⁵.

En definitiva, es responsable de la conducta aquel sujeto que participa en ella de forma activa, consciente y voluntaria, para procurar un resultado común a todos los demás partícipes. Resulta además coherente con la doctrina del facilitador el que el responsable de una conducta prohibida por el art. 1 de la LDC no sea necesariamente un operador económico, lo

³¹ Art. 130 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

³² Cfr. *supra* apartado 3.2.b).

³³ Así, las resoluciones de la CNC ya citadas de 2 de marzo de 2011 (expte. S/0086/08, *Peluquería Profesional*) y 13 de mayo de 2011 (expte. S/0159/09, *UNESA y asociados*).

³⁴ A título de ejemplo, RCNC de 28 de julio de 2010 (expte. S/0091/08, *Vinos de Jerez*).

³⁵ Cfr. RCNC de 28 de julio de 2010 (expte. S/0091/08, *Vinos de Jerez*).

que conduce a contrastar, de nuevo, lo señalado en la SAN de 16 de julio de 2013.

Así, la mencionada sentencia de la Audiencia Nacional, no obstante reconocer el carácter reprochable de la conducta de la CAP, considera que no es posible declararla responsable de la infracción por carecer de la condición de operador económico. De la normativa aplicable no se deduce que el ámbito de aplicación del Derecho sancionador en materia de defensa de la competencia se reduzca exclusivamente a las actuaciones de los operadores económicos. Según la jurisprudencia, lo determinante para que exista un incumplimiento de la normativa de defensa de la competencia no es la condición jurídica del sujeto, sino la aptitud de su conducta para restringir o falsear la competencia en el mercado. Es precisamente este análisis el que permite sancionar a asociaciones o agrupaciones de empresas, que sin duda no tiene la condición de operador económico cuando realizan una recomendación apta para restringir la competencia en el mercado en el que operan sus asociados, o cuando actúa como secretario del cártel integrado por empresas asociadas a ella. Es también esta perspectiva la que apuntala la concepción amplia del concepto de «empresa» en el Derecho de la competencia, donde el factor determinante viene constituido por la capacidad del sujeto para *incidir* en el mercado y poder así alterar, falsear o restringir la competencia.

A efectos de delimitar la noción o alcance de «incidencia en el mercado» resulta útil recurrir a la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (LCD), cuyo art. 2 incorpora la presunción siguiente: «se presume la finalidad concurrencial del acto cuando, por las circunstancias en que se realice, se revele objetivamente idóneo para promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero»³⁶. En consecuencia, la incidencia en el mercado no debe responder necesariamente al ánimo comercial propio, sino que puede también reflejar una distorsión sobre el mismo, ajena al objeto o actividad propios del sujeto actuante (es decir, *de un tercero*). Es de este modo como la Ley permite sancionar las conductas ilícitas de asociaciones o agrupaciones de empresas, a operadores respecto de conductas que tienen lugar en un mercado en el que estos no intervienen como tales, así como a corporaciones de Derecho público ajenas a la condición de operador económico.

Por otro lado, la doctrina comunitaria citada por la SAN de 16 de julio de 2013 es difícilmente extrapolable al caso por ella enjuiciado (y al que aquí nos ocupa). Así, en la ya citada STJUE de 12 de julio de 2012³⁷, el

³⁶ Véanse J. COSTAS, «El concepto de acto de competencia desleal», en *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, t. XIX, pp. 349-364, pp. 354-355, y J. MASSAGUER, *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, Civitas, 1999, pp. 122-126. Este último autor señala específicamente que la finalidad concurrencial de la conducta (que es un presupuesto de naturaleza esencialmente objetiva) no se requiere con carácter exclusivo, y que depende de las consecuencias que produzca o pueda producir la conducta en el mercado, por lo que tal finalidad deberá afirmarse de toda conducta que se encuentre dirigida a alterar la posición de mercado del autor o de un tercero o a influir en la formación o desenvolvimiento de las relaciones económicas en el mercado.

³⁷ Asunto C-138/11, *Compass-Datenbank*, citados párrafos 40 y 51.

Tribunal analiza el concepto de empresa en el marco de la aplicación del art. 102 del TFUE. A este respecto considera que la actividad desarrollada por un organismo público austriaco consistente en «recopilación de datos relativos a empresas, basada la obligación legal de declaración que se impone a éstas, y en las correspondientes facultades coercitivas, implica el ejercicio de prerrogativas de poder público. Por consiguiente, tal actividad no constituye una actividad económica»; «[...] la actividad de una autoridad pública consistente en almacenar, en una base de datos, datos que las empresas han de comunicar en virtud de una obligación legal, en permitir a las personas interesadas consultar dichos datos, o en facilitarles impresiones de éstos en papel a cambio de una remuneración, no constituye una actividad económica, y, por consiguiente, esa autoridad pública, en el ejercicio de dicha actividad, no debe considerarse empresa en el sentido del art. 102 TFUE». Así, el Tribunal de Justicia viene a excluir que la actividad descrita constituya una actividad económica en el mercado y, por ende, la aplicación del art. 102 TFUE, supuesto este que poca relación guarda con la actuación de la CAP enjuiciada por la Audiencia en dicha sentencia.

Cita también la Audiencia Nacional la STJUE de 28 de febrero de 2013³⁸ cuyo párrafo 40 señala efectivamente que «no está sujeta a la aplicación de las normas sobre la competencia del Tratado FUE una actividad que, por su naturaleza, las normas que la regulan y su objeto, es ajena a la esfera de los intercambios económicos o se vincula al ejercicio de prerrogativas del poder público». No obstante, la referencia es meramente introductoria y no sustantiva en la cuestión que resuelve el Tribunal. De hecho, el Tribunal analiza aquí si un reglamento adoptado por un colegio profesional portugués puede o no considerarse como una decisión adoptada por una asociación de empresas a efectos del art. 101, alcanzando una conclusión afirmativa. Concluye además lo siguiente: «la circunstancia de que un colegio profesional [...] esté legalmente obligado a adoptar un sistema de formación obligatoria para sus miembros no permite excluir del ámbito de aplicación del art. 101 TFUE las normas emanadas de dicho colegio profesional, siempre que le sean exclusivamente atribuibles» y «la circunstancia de que estas normas no tengan influencia directa en la actividad económica de los miembros de dicho colegio profesional no afecta a la aplicación del art. 101 TFUE, cuando la infracción imputada al mismo colegio profesional se refiere a un mercado en el que el propio colegio profesional desarrolle una actividad económica»³⁹. Tales conclusiones, al margen de desvelar el carácter meramente contextual de la referencia contenida en el párrafo 40 de la sentencia, revelan un alcance del art. 101 TFUE consonante con el defendido por la CNC en sus resoluciones de 6 de octubre de 2011 y de 27 de septiembre de 2013.

En todo caso, el supuesto de hecho objeto del expediente S/0314/10 *Puerto de Valencia* (así como el del expte. S/0167/09, *Productores de uva y mosto de Jerez*) es bien distinto al que tienen por objeto las señaladas

³⁸ Asunto C-1/12, *Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas*, en particular párrafos 41 a 59.

³⁹ En sentido equivalente, STJUE de 19 de febrero de 2002, asunto C-309/99, *Wouters*.

sentencias del Tribunal de Justicia reseñadas. Tales resoluciones analizan un acuerdo colusorio cuya inserción en el ámbito de aplicación de los arts. 1 de la LDC y 101 del TFUE no admite dudas, tanto por la indudable condición de operadores económicos de sus autores como por la evidente naturaleza económica y restrictiva de la competencia de la conducta desplegada.

Por ello, de acuerdo con todo lo señalado, la participación de la Administración en un acuerdo anticompetitivo como facilitador (impulsándolo, refrendándolo o promoviendo su ejecución), al margen de las prerrogativas que le otorga el ordenamiento jurídico y sin amparo legal ex art. 4 de la LDC, constituye una conducta que cae bajo el ámbito del art. 1 de la LDC, incluso si tal forma de actuación no constituye en sí misma una actividad económica, pues lo relevante en sede de la LDC es la aptitud de esa conducta para impulsar, generar o reforzar los efectos restrictivos de la conducta colusoria en la que participa. A su vez, el hecho de que alguno de los participantes en una práctica restrictiva de la competencia no tenga la consideración de operador económico no puede ser considerada, con carácter general y sin atender a las circunstancias concretas del caso, como una causa de inimputabilidad.

En definitiva, la condición de operador económico podrá justificar la aplicación del régimen sancionador de la LDC, pero la aplicación de dicha Ley no queda limitada de modo exclusivo a los sujetos que tengan la consideración de operadores económicos, sino que se extiende necesariamente a todos aquellos sujetos que, de hecho y en el caso en concreto han desplegado una conducta objetivamente *apta para incidir* en el mercado.

c) *Sobre el ámbito subjetivo en la aplicación del régimen sancionador previsto en la LDC*

Señala la SAN de 16 de julio de 2013 que «para que una conducta objetivamente reprochable pueda ser sancionada por la autoridad de defensa de la competencia es necesario que el sujeto infractor esté incluido en el ámbito subjetivo de aplicación de las normas de defensa de la competencia». Acto seguido habría que preguntarse si el ámbito subjetivo de aplicación del régimen sancionador previsto en la LDC alcanza (o excluye) a los entes de Derecho público.

En consecuencia, lo que debe analizarse es el encaje de la CIP en el ámbito del art. 61 de la LDC, según el cual «serán sujetos infractores las personas físicas o jurídicas que realicen las acciones u omisiones tipificadas como infracciones en esta Ley». Bajo este concreto planteamiento, no se cuestiona que la actuación de una Administración Pública con aptitud para incidir en el mercado pueda ser contraria a la prohibición del art. 1 de la LDC. Tampoco que de dicha conducta pueda derivar la inherente responsabilidad. La cuestión que abre la afirmación de la Audiencia en este caso es si, como consecuencia de ella, cabe aplicar el art. 63 de la LDC.

A este respecto es preciso señalar que en la anterior resolución de 6 de octubre de 2011, según lo ya señalado, se resolvió no imponer sanción a la Administración dada la inexistencia de pronunciamientos previos y la novedad del criterio respecto de expedientes precedentes.

Al margen de que la ausencia de expresa exclusión en el art. 61 de la LDC y la amplitud de los términos en los que está redactado podría justificar la aplicación del régimen sancionador previsto en el art. 63 de la LDC, lo cierto es que cabe poner en duda que la imposición de una multa constituya el cauce más efectivo para disuadir al sujeto de incurrir de nuevo en prácticas prohibidas. La multa cobra especial significación disuasoria cuando se impone a un sujeto que ejercita una actividad económica. Pero dicho efecto disuasorio es más que discutible cuando la actuación del sujeto viene presidida por la satisfacción del interés general (art. 103 CE). En última instancia, la imposición de una multa a una Administración (financiada por vía impositiva general o con un patrimonio en esencia fiduciario) afectaría al erario público, de forma que la afectación patrimonial sería en última instancia sobre el conjunto de los contribuyentes.

En este contexto, cabría justificar la no imposición de una sanción pecuniaria en sentido estricto a la Administración territorial responsable de la conducta ilícita. No obstante, esta inaplicación del art. 63 de la LDC fundada en motivos teleológicos no priva de la constatación de una conducta prohibida (art. 1 LDC) imputable a la CIP de Infraestructuras y Transporte de la Generalitat Valenciana y de la necesaria responsabilidad que por dicha conducta asume el sujeto autor de la conducta ilícita. En este sentido, la responsabilidad por estar incurso en una conducta prohibida no puede en ningún caso impedir la aplicación del art. 53.2 de la LDC, que contempla, entre otras, la orden de cesación de la conducta prohibida o la de remoción de sus efectos.

d) *Sobre la legitimación activa que la Ley atribuye a la Autoridad de Competencia como mecanismo exclusivo para reaccionar frente a conductas anticompetitivas de las Administraciones*

En último lugar, señala la Audiencia Nacional que la LDC solo reconoce a la CNC la posibilidad de actuar frente a actos sujetos a Derecho administrativo por la vía de la legitimación activa que el art. 12.3 LDC reconoce (hoy art. 5.4 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC).

A este respecto es preciso señalar que, ni en el caso de la actuación de la CAP (Resolución de 6 de octubre de 2011, expte. S/0167/09), ni en el supuesto de la CIP (Resolución de 27 de septiembre de 2013, expte. S/0314/10), es posible acudir a la vía prevista en el art. 12.3 de la LDC como apunta la Audiencia Nacional, pues no nos encontramos ante un acto administrativo ni ante una disposición general emanados de una Administración Pública y sujetos a Derecho administrativo, sino ante una actuación material derivada de la misma (*i. e.* convocatoria de reunión, impulso,

seguimiento) que no es susceptible de control a través de la legitimación activa reconocida a la CNC «para impugnar ante la jurisdicción competente actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho administrativo y disposiciones generales de rango inferior a la ley de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados».

Pero aunque así fuera, es decir, aunque la concreta actuación de la Administración fuera susceptible de impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa, la previsión del art. 12.3 de la LDC no impide ni restringe la aplicación del art. 1 de la LDC, pues ambas normas responden a una finalidad distinta. Mientras que la primera busca depurar del ordenamiento jurídico actos o disposiciones administrativas contrarias a la Ley, la segunda se limita a perseguir actuaciones contrarias al art. 1, imponiendo en su caso la correspondiente sanción. El Tribunal Supremo ha venido a reconocer este doble análisis de la actuación administrativa, desde la óptica de la defensa de la competencia, y desde la general revisora de la jurisdicción contencioso-administrativa, al señalar ante la revisión en casación de una resolución de la Autoridad de Competencia que «[...] al versar el procedimiento en exclusiva sobre las cuestiones planteadas ante los órganos de defensa de la competencia y dentro de las atribuciones de éstos, quedan necesariamente fuera las cuestiones que puedan referirse directa y únicamente a la conformidad a Derecho de la actuación denunciada desde la perspectiva del Derecho administrativo, las cuales habrían de plantearse directamente como tales ante los tribunales de esta jurisdicción contencioso administrativa»⁴⁰.

Así, la CNC no pretende una revisión general de legalidad de la actuación administrativa (función reservada a la jurisdicción contencioso-administrativa) sino una aplicación de las disposiciones de la LDC (art. 1) de acuerdo con lo señalado en los arts. 12.1 y 24 de la misma Ley.

Del mismo modo que la Autoridad de Competencia no es competente para declarar la nulidad de los actos o contratos contrarios a los arts. 1 o 2 de la Ley (función que queda reservada a la jurisdicción ordinaria), ello no impide que dicha Autoridad se pronuncie sobre su carácter anticompetitivo y contrario a tales preceptos, así como el ejercicio de la correspondiente potestad sancionadora.

En definitiva, el principio de legalidad de la actuación administrativa, la necesaria sujeción de esta a lo dispuesto en la LDC, la expresa habilitación de la LDC para resolver sobre la responsabilidad de todos aquellos sujetos autores de la conducta prohibida por el art. 1 de la LDC, aun cuando no tengan la consideración de operadores económicos en sentido estricto, junto con la inviabilidad de acudir a la vía del art. 12.3 de la LDC para la defensa del orden que la normativa de defensa de la competencia impone, conduce a admitir de forma inequívoca la posibilidad de declarar responsable de la conducta ilícita acreditada a la Consellería de Infraestructuras y Transporte de la Generalitat Valenciana.

⁴⁰ STS de 19 de junio de 2007, citada en la Resolución de la CNC de 6 de octubre de 2011.

TOWARDS AN EFFECTIVE RIGHT TO FULL COMPENSATION: THE PROPOSAL FOR A DIRECTIVE ON ANTITRUST DAMAGES ACTIONS

Carles ESTEVA MOSSO, Daniele CALISTI
and Luke HAASBEEK *

European Commission, Directorate General for Competition

1. INTRODUCTION

On June 11, 2013, the Commission adopted a proposal for a Directive on Antitrust Damages Actions¹, as well as a Commission Communication² and a Practical Guide³ on the quantification of antitrust harm. This article discusses the background and goals of the proposal for a Directive and presents its key provisions, as proposed by the Commission.

The private enforcement of EU competition law has its roots in 1974, when the ECJ held that the prohibitions laid down in Articles 101 and 102 of the Treaty have direct effect⁴. In the landmark judgment from 2001 in *Courage v. Crehan*⁵, the ECJ more specifically held that victims of infringements of EU competition law have an EU right to obtain full compensation for the harm they suffered. Subsequent ECJ case law has confirmed and elaborated this principle⁶.

* The opinions expressed are the sole responsibility of the authors and cannot be regarded as stating an official position of the European Commission or its services.

¹ Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union, COM(2013) 404 final. The proposal and other policy documents cited in the present paper are all available on the website of DG Competition at: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/documents.html>.

² Communication from the Commission on quantifying harm in actions for damages based on breaches of Article 101 or 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union, OJ C167, 13.6.2013, p. 19.

³ Practical Guide - Quantifying harm in Actions for Damages based on breaches of Article 101 or 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union, SWD(2013) 205.

⁴ Judgment of 30 January 1974, *BRT v. Sabam*, case 127/73, ECR [1974] 52.

⁵ Judgment of 20 September 2001, *Courage v. Crehan*, C-453/99, in ECR [2001] I-6314, § 26 *et seq.*

⁶ Judgment of 13 July 2006, joined cases C-295/04 to C-298/04, *Manfredi* [2006] ECR I-6619; judgment of 14 June 2011, *Pfeiderer*, C-360/09, ECR [2011] I-5161; judgment of 6 November 2012,

Despite the existence of the EU right to compensation, to date only very few victims of antitrust infringements have been able to obtain compensation. During the period 2006-2012, less than 25 percent of the Commission's infringement decisions were followed by damages actions⁷. Moreover, far from reaching all victims, the vast majority of these actions were brought by large businesses. From an internal market perspective, it is interesting to observe that cases are generally brought in very few Member States, and mostly in the United Kingdom, Germany, and the Netherlands, while no follow-on actions to Commission decisions whatsoever were reported in 20 out of 28 Member States. Spain is one of the 8 Member States in which follow-on actions for damages have been brought. In the first instance courts of Barcelona and Madrid, damages actions are pending relating to the Commission's decision in the *Telefonica* case⁸.

Actions for damages following the Commission's infringement decisions thus have led to a very low level of compensation for the victims of those infringements. The situation is no different for follow-on actions to decisions by National Competition Authorities («NCAs»), of which there have been very few, and the very scarce stand-alone actions where no infringement has been found by a public enforcer⁹. It can thus be concluded that the lack of effective compensation has created a considerable cost for European consumers and businesses¹⁰.

Most obstacles to civil redress for victims of antitrust infringements, which may explain the current ineffectiveness of the EU right to compensation, are to be found in procedural and substantive rules that govern its exercise. The Commission's proposal for a Directive intends to remove these obstacles. In this respect, it must be stressed that the focus of the Directive is on compensation, not on litigation. Therefore, the proposal contains measures facilitating out-of court settlements, as consensual dispute resolution is regarded as a potentially fast and cost efficient means to obtain compensation.

The proposal does not contain provisions on collective redress. However, on the same the proposal for a Directive was adopted, the Commission

Otis and others, C-199/11, not yet reported; and judgment of 6 June 2013, case C-536/11, *DonauChemie*, not yet reported.

⁷ The Commission provided this information in the framework of its impact analysis, as reported in Commission Staff Working Document, Impact Assessment Report accompanying the proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union, SWD (2013) 203 final.

⁸ Case COMP 38.784 of 4 July 2007.

⁹ Spain is one of the Member States where several decisions of the NCA have led to follow-on damages actions before national courts, and where stand-alone actions are also taking place (in particular as regards fuel service stations). In some of these cases damages have been awarded, whereas others were unsuccessful.

¹⁰ It has been estimated that victims of competition law infringements forego an amount of EUR 5 to 23 billion per year in compensation, see Impact Study, *Making antitrust damages actions more effective in the EU: welfare impact and potential scenarios*, available at http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/files_white_paper/impact_study.pdf#page=441.

also adopted a Recommendation on collective redress. Collective redress is an essential tool for consumers and Small- and Medium-sized Enterprises («SMEs») to obtain compensation for the often low-value harm they have suffered as a result of infringements in several areas of EU law, including beyond competition law. That is why the Commission has recommended Member States to allow for collective redress mechanisms in all these cases, and has indicated the principles that should be observed when providing for collective redress. Member States will have two years to implement the principles set out in the recommendation, after which the Commission will have to evaluate within two years the effectiveness of its «non-binding» approach.

2. THE EFFECTIVE ENFORCEMENT OF ARTICLES 101 AND 102 TFEU THROUGH DAMAGES ACTIONS

The proposal for a Directive pursues different objectives. As is clear from its legal bases, the proposal pursues not only the effective enforcement of the EU competition rules through more effective actions for damages, but also aims to achieve a more level playing field and undistorted competition in the internal market. This objective justifies, for instance, the application of the provisions laid down in the Directive to breaches of national competition law when this is applied to infringements having an effect on trade between Member States¹¹.

For the purposes of the proposal, the effective enforcement of the EU antitrust rules can be considered in two dimensions: the improvement of conditions under which victims of antitrust infringements can obtain compensation for the harm they have suffered¹², and the overall effectiveness of the EU antitrust rules through an optimal interaction of public and private enforcement. Some of the measures of the proposal, such as those on limitation periods and the binding effect of decisions by national competition authorities, enhance private enforcement through the regulation of the interplay with public enforcement. Other measures target more specifically the overall effectiveness of the EU antitrust rules by striking a balance where the interests of public and private enforcement are diverging.

As a general issue, it can be observed that the Commission's approach remains within the path of the objectives and guiding principles set out in the 2008 White Paper, despite the specific changes to some of the suggested

¹¹ See Explanatory Memorandum, § 3.1, and the combined reading of Articles 1(1), 2(1) and 4(2).

¹² The ECJ has consistently held that the possibility for any injured party to obtain compensation is a matter of full effective enforcement of the EU antitrust rules and strengthens the working of Union competition rules, also by discouraging conducts that are liable to restrict competition, see for instance C-453/99 *Courage v. Crehan*, cit. §§ 26-27; see also judgment of 13 July 2006, *Manfredi*, joined cases C-295/04 to C-298/04, ECR [2006] I-6619, §§ 60-61, and judgment of 6 November 2012, *Otis and others*, C-199/11, not yet reported, §§ 40-42.

measures due to more than five years of «market testing»¹³. The set of measures that have most accounted for recent developments is the chapter on evidence. Consistent with the 2008 White Paper, and after the example of the IP rights enforcement Directive¹⁴, the proposal addresses the issue of access to evidence.

Article 5, in particular, should make it easier for parties to damages litigation to obtain the necessary evidence, although several safeguards are introduced to avoid fishing expeditions and disproportionate costs¹⁵. An issue that occurs in many Member States (including Spain)¹⁶ in respect to the disclosure of evidence is that the party requesting disclosure should specify in detail the document of which disclosure is sought. In competition cases, this is often impossible due to the fact that evidence is not located with the claimant and the (secret) nature of the infringement makes it impossible for him to know which exact pieces of evidence exist. Article 5 of the Directive explicitly seeks to remedy this issue by enabling the disclosure of categories of documents, described as precisely and narrowly as possible on the basis of reasonably available facts. In the framework of disclosure, the Commission has also introduced specific limitations that are meant to strike a balance between the imperative objectives of fostering effective compensation of victims through the availability of evidence, and preserving effective public enforcement through adequate protection of the file of competition authorities, an issue that will be discussed more in depth in the next section.

A. THE PASSING-ON OF OVERCHARGES

The proposal for a Directive introduces a number of provisions on the passing-on of overcharges in view of compensation claims for anti-trust harm. As a matter of fact, the admissibility of a passing-on defence is not yet clear under the legal system of most Member States, while national courts that have had to deal with this issue have offered divergent legal solutions, particularly as regards the admissibility of the defence and the burden of proof thereof. Spain is one of the few Member States in which the passing-on defence has already been subject to judgments of national courts¹⁷. On the basis of these judgments, it is clear that the passing-on

¹³ Since the publication of the White Paper, there have been several other publications: public consultations on the White Paper (2008), on a coherent approach to collective redress (2011), and on a draft Guidance Paper on quantifying antitrust harm (2011); initiative reports by the European Parliament; and other input by stakeholders.

¹⁴ Directive 2004/48/EC, *see* in particular Article 6.

¹⁵ In particular, disclosure of evidence is based on fact-pleading under Article 5(1); it can be granted if it satisfies the conditions of Article 5(2) and must be proportionate under the criteria laid down in Article 5(3).

¹⁶ Article 228(2) of the Spanish Civil Procedure Code provides that a request for disclosure must contain a non-certified copy of the document, or where such copy is not available, the document's content should be indicated as precisely as possible.

¹⁷ Audiencia Provincial (Appeal Court) of Madrid, 3 October 2011, Azucarero Ebro; Tribunal Supremo, 8 June 2012, ACOR.

defence is admissible in Spain and can be successfully invoked before the national courts. However, there are still some open questions as regards the burden of proof of passing-on, especially in cases concerning indirect purchasers.

The Commission has proposed that the passing-on defence should be allowed in antitrust damages litigation in the European Union. Thus, infringers will be able to raise a defence against a party claiming damages that passed on the overcharge (wholly or in part) to its own customers. Article 12(1) clarifies that in such cases defendants should bear the burden of proof of the passing on. This system is in line with the current case-law of the Spanish national courts on the subject.

As an exception to this general rule, Article 12(2) addresses an issue on which Spanish courts have not yet ruled: it specifies that the passing-on defence should not be admissible in cases where it is contended that the overcharge was passed on to parties for which it is legally impossible to obtain compensation. As further explained in recital (30), this «legal impossibility» mainly refers to cases in which, under national rules on causality, the overcharge passed-on to a person cannot be legally regarded as harm for which such person is entitled to claim compensation from the infringer¹⁸. Finally, it must be stressed that when pass-on has occurred, even if a party cannot obtain compensation for the overcharge that was passed on, it can still obtain compensation for the profits lost, notably when the increased prices charged led to a reduction in sales, as clarified by Article 14(1).

In parallel to accepting the possibility of raising a passing-on defence, the proposal addresses the position of indirect purchasers, who most often receive the illegal overcharge. In line with the principle of full compensation of injured parties, indirect purchasers having suffered harm should be able to obtain compensation, but in practice it is often very difficult for them to have evidence of the pass-on. This issue has not been addressed in Spanish case-law so far, but authors expect the burden of proof as regards the passing-on to be on the claimant in such cases¹⁹. As such, it would also before Spanish courts be extremely difficult for indirect purchasers to prove that the overcharge caused by the cartel has in fact been passed down to their level of the supply chain. In order to remove this obstacle, the proposal provides that in case of claims by indirect purchasers, they shall benefit from a rebuttable presumption that pass-on occurred (Article 13), provided that certain other facts have been proved. The same provision, however, leaves it to the judge to estimate what share of the overcharge has been passed on to the injured party claiming compensation. The latter is intended to avoid having the infringer pay multiple compensation to claimants on different layers of the supply chain.

¹⁸ While the proposal does not intervene on national rules of causality, it requires a «symmetry»: when pass-on to an injured party is not legally relevant for the purposes of a compensation claim, then such pass-on should not be regarded as legally relevant for the purposes of a defence.

¹⁹ See for example *The International Comparative Guide to Cartels & Leniency*, 2013, p. 245, answer to question 8.4 for Spain.

B. QUANTIFYING ANTITRUST HARM

Quantification is one of the most difficult exercises for courts and parties in antitrust damages actions. It is also one of the main elements determining the success and costliness of actions for damages. The Commission's approach since the White Paper has been to consider non-binding means of facilitating the tasks of judges and parties when dealing with quantification and to provide for more detailed legal and economic guidance to address the issue. The current proposal for a Directive, however, also contains «hard» provisions on quantification that complement the «soft» law instruments adopted at the same time.

The most significant in this respect is Article 16(1) of the Directive. This provision can be construed as a general requirement and an expression of the principle of effectiveness: it establishes a presumption that cartel infringements cause harm²⁰. Strictly speaking, this is an issue that logically pertains to the *debeatur* phase (*i. e.* whether harm has been caused) rather than to the *quantum debeatur* (*i. e.* how much the infringer needs to pay). The systematic insertion of this provision in a section devoted to quantification, however, emphasizes its purpose: it is meant to avoid, in cartel cases, a failure in assessing the exact amount of the harm resulting in a dismissal of the action as if failure to quantify could be compared to failure to show that harm was caused.

The first of the soft-law instruments dedicated to quantification is a Communication on the quantification of antitrust harm. The Commission recalls the legal principles that are already part of the Union *acquis*, the most significant of which is probably the principle of effectiveness. For the purposes of quantifying antitrust harm in actions for damages, this principle entails that, while national law is responsible for setting out the requirements and the appropriate standard of proof, these provisions should not make it extremely difficult or practically impossible for injured parties to obtain compensation. This *acquis* has also been spelled out in the proposal, at Article 16(2), where it is complemented by the provision that national courts should have the power to estimate the amount of harm suffered.

It is clear that judges play a crucial role when it comes to quantification. In order to assist both them and parties to damages actions, the Commission services has published a Practical Guide, which is largely based on the Draft Guidance Paper on quantifying antitrust harm, submitted for public consultation in 2011. The Practical Guide offers an overview of the main existing methods to quantify antitrust harm. Even in those cases where judges are assisted by an expert, the Practical Guide may help judges and parties understand the assumptions on which such methods rely, which

²⁰ The Commission relies on the findings of economists and external studies, which have shown that cartels lead to overcharges in more than 90 percent of cases, *see* Explanatory Memorandum § 4.5.

may have legal implications. The Practical Guide also offers insights into the harm typically caused by antitrust infringements, both those primarily resulting in a raise in prices and those primarily affecting the position of a competitor on the market. The Practical Guide is complemented by a number of explanatory examples of such insights and of the application of the main methods.

3. THE INTERACTION BETWEEN PUBLIC AND PRIVATE ENFORCEMENT OF COMPETITION LAW

The second main purpose of the proposal is to regulate the interaction between the public enforcement of competition law by the Commission and NCAs and its private enforcement by national (civil) courts. In this context, it must be borne in mind that most competition law infringements are secret, technically complicated, or both. Therefore, persons that have suffered harm as a result of such an infringement often do not institute actions for damages before such infringement has been found by a competition authority in a decision (follow-on actions for damages).

Follow-on actions for damages occur much more often than stand-alone actions for damages, where there is no previous finding of an infringement by a competition authority. The reason for this is obvious: in terms of evidence, follow-on actions for damages have important advantages for claimants. Having an infringement decision at their disposal removes difficulties that claimants experience in stand-alone actions, where proving the often secret or technically complicated infringement of competition law poses a real problem. As such, a strong public enforcement of competition law, where many infringements are established by the competition authorities in their decisions, allows for a more effective follow-on private enforcement of competition law. The proposal seeks to stimulate this form of interaction between the public and the private enforcement of competition law.

However, the private enforcement of competition law could adversely affect public enforcement if the interaction between them is not adequately balanced. If undertakings were to be worse off in actions for damages if they cooperated with the competition authorities in the framework of the public enforcement proceedings, they could be deterred from such cooperation. Disclosure in actions for damages of self-incriminating statements provided by undertakings in the framework of a leniency programme could, for example, negatively affect the willingness of undertakings to apply for leniency. As the vast majority of cartels are discovered and sanctioned following a leniency application of one of the cartel participants, this could have an important negative impact on the public enforcement of competition law. The proposal is designed to avoid such an impact.

In order to ensure that claimants in actions for damages can fully take advantage of the public enforcement of competition law and, at the same time, to foster an overall effective enforcement of the EU antitrust rules, the

proposed Directive contains several measures regulating the interaction of both enforcement mechanisms.

A. THE PROTECTION OF EFFECTIVE PUBLIC ENFORCEMENT

The proposal contains measures concerning limits to disclosure of certain types of evidence in private enforcement proceedings.

Since the *Pfleiderer* judgment of the ECJ²¹, a certain degree of legal uncertainty exists as regards the possibility to disclose leniency documents in actions for damages. In the absence of binding EU rules on the issue, it is for the national courts to determine on a case-by-case basis, and on the basis of national law, whether or not disclosure of such documents can be ordered. In this context, the national court will have to strike a balance between the EU right to obtain full compensation for harm suffered as a result of competition law infringement on the one hand and the importance of protecting the public enforcement of competition law on the other hand. This may cause considerable legal uncertainty if different courts in different Member States, or even within the same Member State, strike a different balance. As a matter of fact, the three national courts that have had the chance to rule on the issue since the *Pfleiderer* judgment held a different line as regards the disclosure of leniency information²².

As far as we are aware, no Spanish cases have so far dealt with this issue. However, Spanish national legislation²³ provides for a limit on the disclosure of leniency related documents to national courts by the Spanish NCA. Although some authors state that with this provision, the above mentioned uncertainty is clearly solved in Spain²⁴, others argue that nothing stands in the way of the Spanish courts ordering the *inter partes* disclosure of the same documents that the NCA cannot disclose²⁵. Therefore, in the specific Spanish situation there seems also to be legal uncertainty as regards the disclosability of leniency information in actions for damages.

As a result, it is currently not possible for an undertaking to determine in advance or at the moment in which it decides whether or not to cooperate, whether the statements it provides may or may not at a later moment be disclosed. In order to provide upfront legal certainty to leniency applicants and thus preserve the leniency programme's and settlement procedure's ef-

²¹ Judgment of 14 June 2011, *Pfleiderer*, C-360/09, ECR [2011] I-5161.

²² See: *Amtsgericht Bonn* (Local Court Bonn), decision of 18-January-2012, case No. 51 Gs 53/09 (*Pfleiderer*); *Oberlandesgericht Düsseldorf* (Düsseldorf Appeal Court), decision of 22 August 2012, case No. B-4. Kart 5/11 (OWi) (*roasted coffee*); *High Court of Justice* (UK first instance court), judgment of 04 April 2012, case No. HC08C03243 (*National Grid*).

²³ Article 50 of the Royal Decree 261/2008 and Article 15bis(1) of the Civil Procedure Act provide that the contribution of information of the Spanish NCA to the national courts shall not include the data or documents within the scope of the circumstances of application of the exemption or reduction of the amount of the fines.

²⁴ <http://www.iclg.co.uk/practice-areas/competition-litigation/competition-litigation-2013/spain>, answer to question 4.4.

²⁵ FIDE-book, p. 405-406, answer to question 16 for Spain.

fectiveness, the proposal provides that leniency corporate statements and settlement submissions can never be disclosed in actions for damages. This category consists of statements of a self-incriminating nature by which the undertakings describe their knowledge of and role in a secret cartel, or an explicit acknowledgement of their participation in an infringement of Article 101 TFEU. Their disclosure would risk deterring undertakings from cooperating with the competition authorities in the framework of leniency programmes and settlement procedures. Therefore, the Commission has chosen to fully exclude these two types of documents from being disclosed in actions for damages.

Next to the absolute exclusion from disclosure for leniency corporate statements and settlement submissions, the system proposed by the Commission intends to protect on-going investigations of the competition authorities, in order to ensure that they have sufficient room to carry out their investigations without interferences that may reveal their investigative strategy or otherwise affect the proceedings. To that end, information drawn up by a party or competition authority in the framework of the investigation of such authority can only be disclosed after the competition authority's proceedings have been terminated. Documents falling in this category include statement of objections, requests for information, and replies thereto.

All other evidence, meaning all information that was not specifically drawn up for the purpose of the investigation of a competition authority (pre-existing information) is at any time disclosable in actions for damages, if the relevant conditions for disclosure are met²⁶.

In line with the *Pfleiderer* and *Donau Chemie* judgments of the ECJ, the system provided in Article 6 of the proposal leaves it, in principle, to the national courts to carry out the balancing exercise prescribed by the ECJ, while at the same time providing the necessary legal certainty for cooperating undertakings about their self-incriminating statements, and protecting on-going investigations of competition authorities.

Besides disclosure of evidence, the preservation of effective public enforcement is the express objective of some of the provisions on joint and several liability (Article 11). As the immunity recipient is often the only undertaking not appealing an infringement decision, and is jointly and severally liable for the harm caused by the cartel, he may become the first target of actions for damages. In order to avoid this, the immunity recipient is —as an exception to the principle of joint and several liability— in principle only held to pay damages to its own direct and indirect customers. For other injured parties he is only a last resort debtor, if all other cartel members are unable to pay and the right to full compensation would otherwise be at stake. This prevents the immunity recipient from being placed in a more disadvantageous position in relation to actions for damages (*i. e.* to be the first target for claimants having to compensate the full harm of the

²⁶ See for instance *supra* 14.

cartel) than the undertaking would have been had it not cooperated with the Commission or a NCA.

B. ENSURING EFFECTIVE FOLLOW-ON PRIVATE ENFORCEMENT

The proposed Directive contains two important provisions to ensure the effective private enforcement of competition law following an infringement decision of the competition authorities. First, it provides that final decisions of national competition authorities have a similar effect to that of Commission decisions under Article 16 of Regulation 1/2003. Article 9 of the proposal provides that national courts cannot take decisions running counter to the finding of an infringement in final NCA decisions. This rule applies to decisions of the NCA of the Member State in which the court is located as well as to decisions of NCAs of other Member States. This rule alleviates the burden of proof for claimants in actions for damages: As the national court is bound by the finding of an infringement by the NCAs that has become final, claimants will no longer have to bring proof of such infringement. Final decisions of NCAs will furthermore not be re-litigated before the national civil courts and inconsistencies in the application of Articles 101 and 102 in the same case by different instances are avoided. The current Spanish legislation²⁷ provides that public documents, among which decisions of the Spanish NCA, shall provide full proof of the fact, action or state of affairs documented by them. Although this may not equal the binding effect provided for in Article 9 of the Directive, NCA decisions already weigh heavily on national courts in terms of proving the infringement.

Second, the Directive provides for rules on limitation periods. These rules not only ensure that victims of competition law infringements benefit from a sufficient limitation period, with more legal certainty regarding the moment when it starts to run²⁸, but they also ensure that victims are effectively able to wait for the competition authorities to finalize their investigation before instituting an action for damages.

Currently, it may happen that the limitation periods applicable under national law expire before the public investigation is closed. This could, for example, occur when a national limitation period would be considered to start running at the moment a potential injured party submits a complaint to a competition authority. Depending on the duration of the investigation of the competition authority and on the length of the limitation period, the latter could already be expired before the competition authority has taken an infringement decision. This would mean that the complainant would be time-barred from bringing a follow-on action for damages.

²⁷ Article 317(v & vi) jo. Article 319(1) of the Spanish Civil Procedure Act.

²⁸ On the importance of limitation periods in antitrust damages actions, and on the impact of the principle of effectiveness see also the Court's findings in joined cases C-294 to 298/04, *Manfredi*, cit. § 78 *et seq.*

It is rational and legitimate behavior for a claimant in an action for damages to wait for the decision of a competition authority in the same case. Limitation periods should not be such as to force claimants to institute actions for damages while the investigation of the competition authorities is pending and incur the costs of such actions before the infringement has been established. Therefore, the proposal provides for rules ensuring that limitation periods are suspended during the investigation of a competition authority and cannot end until at least one year after such investigation is terminated with an infringement decision or otherwise.

In relation to Spain, the provision for sufficiently long limitation periods is of particular importance, as at present, Spain has the shortest limitation period of all EU Member States in tort cases, being only one year from the date that the injured party discovers the harm²⁹. Furthermore, there seems to be a vivid debate in literature as regards the start of this limitation period in cases where the NCA or Commission has taken action to investigate an infringement³⁰, without legislation or case-law having expressed itself on this issue. Therefore, the Directive would provide considerable legal certainty for victims wanting to bring damages actions before Spanish national courts.

4. FINAL REMARKS

The proposal for a Directive put forward by the Commission on June 11 marks, at the same time, the conclusion of a long policy debate and the beginning of a new one. Twelve years after the ECJ's judgment in *Courage v. Crehan*, and a decade of studies, public consultations, and means tested options, the Commission has indicated in which way, and under which guiding principles, private enforcement of the antitrust rules should further develop within the European Union.

At the same time, the European Parliament and the Council now have the choice of shaping these concrete measures even further. The real future of private enforcement in Europe will also have to be evaluated against the concrete improvements, interpretative issues, and implementation challenges to be met by Member States and their national courts after the final adoption of the Directive. The interesting times for private enforcement in Europe are still to come.

²⁹ Articles 1968(2) and 1902 of the Spanish Civil Code.

³⁰ GARCÍA GALLARDO, M. ARIAS DÍAZ (SJ Berwin LLP), in *ICLG: Competition Litigation*, 2010, Chapter 31 Spain, p. 171; C. FERNANDEZ and A. WARD, Chapter 10 Spain, in *The Private Competition Enforcement Review* (I. Knable Gotts ed.), *Law Business Research*, 2008, p. 126; and J. A. DE LA CALLE, J. A. RODRÍGUEZ, R. JIMÉNEZ and M. FLORES, Spain Report (Baker & McKenzie), in *Private Antitrust Litigation*, 2009, p. 169, Spain report for the Ashurst Study, p. 2.

POLÍTICA DE COMPETENCIA Y PROGRAMAS DE CLEMENCIA: UNA REVISIÓN DESDE LA ECONOMÍA DEL DERECHO

Miguel CUERDO MIR
Universidad Rey Juan Carlos

1. INTRODUCCIÓN

En 2013 se ha publicado la primera Comunicación sobre el Programa de Clemencia de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), que complementa, en materia de investigación, detección, sanción, eliminación y disuasión de cárteles, tanto lo establecido en la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, como el propio Reglamento 261/2008, de 22 de febrero, que desarrollaba la LDC.

El Programa de Clemencia en el Derecho de la competencia español se introdujo tardíamente¹, con la nueva LDC de 2007. En su expresión más básica, consiste en la concesión por parte de la CNC de una exención total o parcial del pago de las multas impuestas a mercantiles que han incurrido, bajo la forma de cárteles, en infracciones del art. 1 de la LDC o del art. 101 del TFUE, en línea con la regulación vigente en la UE. Hay que señalar que, también en la tradición de lo que viene haciendo la autoridad de la competencia en la UE², con el fin de dar más «transparencia» y «previsibilidad» a las actuaciones de la CNC en este aspecto concreto de la legislación *antitrust* española, la propia CNC produce ahora esta Comunicación sobre el Programa de Clemencia.

Por tanto, es una buena oportunidad para reflexionar sobre los programas de *leniency*³ en general, revisar la literatura al respecto y analizar los elementos que conforman su formulación, su eficacia y su importancia en la aplicación de la actual legislación de defensa de la competencia.

¹ Por ejemplo, el Programa de Leniency alemán se había introducido en 2000 y la primera Comunicación al respecto de la Comisión Europea data de 1996.

² Véase *Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel* (2006/C 298/11).

³ Los términos clemencia y *leniency* se utilizarán indistintamente.

Con carácter previo a un análisis más detallado, hay que destacar que la aritmética de estos programas apunta a que las decisiones de la autoridad de la competencia relacionadas con cárteles en la Unión Europea han aumentado a partir de la introducción de los programas de clemencia. En la Unión Europea, desde la entrada en funcionamiento del primer programa de clemencia en 1996⁴, se han sancionado más de ochenta cárteles, con un número considerable de ellos en aplicación de las Comunicaciones sobre dispensa y reducción de multas, sobre todo a partir de la Comunicación de 2002. Ese número no quedó reducido después de la nueva Comunicación de 2006⁵. Algo parecido a lo que ocurrió previamente en Estados Unidos⁶, donde en un solo año, 1999, la Antitrust Division norteamericana impuso un volumen de multas superior a la suma de todas las multas impuestas por cártel desde la aparición de la *Sherman Act* en 1890⁷.

Sin embargo, más allá de esas cifras, la cuestión admite una revisión crítica de los programas de clemencia en general y, con ello, se podrá contextualizar mejor el Programa de Clemencia en España.

De antemano, cualquier revisión al respecto está obligada a señalar que hay al menos tres elementos que condicionan el análisis de los programas de clemencia en casos de cárteles:

1. Incluso en el caso de Estados Unidos, la historia de los programas de *leniency* es relativamente reciente y debe verse en la perspectiva de los cambios que se han ido sucediendo dentro de los mismos.
2. No todos los programas de clemencia son iguales. Se podría decir que se sigue buscando el modelo ideal de *leniency*, es decir, aquel que maximice el número de cárteles denunciados, minimice los costes de investigación de la autoridad de la competencia y maximice el grado de disuasión en la formación de cárteles a largo plazo.

Es subrayable, tal y como están planteados actualmente estos modelos, que la aplicación en Estados Unidos y en la UE se lleva de modo diferente. Hay diferencias de orden jurídico en cuanto a los regímenes sancionadores de defensa de la competencia, de modo que las autoridades de la competencia han considerado su aplica-

⁴ La Comisión Europea ha producido tres Comunicaciones sobre aplicación de programas de clemencia. La primera es la Comunicación de 1996, relativa a la no imposición de multas o a la reducción de su importe en los asuntos relacionados con los acuerdos entre empresas. La segunda fue la Comunicación de 2002, relativa a la dispensa de pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel. La tercera y vigente es la *Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel* (2006/C 298/11).

⁵ De acuerdo con la propia Comisión Europea, solamente en el periodo 2007-2011, después de la última modificación en los programas de *leniency* en la UE, se han contabilizado más de diez mil millones de euros en multas, con algunos cárteles sectoriales que por sí solos han contabilizado más de mil millones de euros en multas —por ejemplo en la decisión car glas en 2008 con 1.300 millones de euros en multas—. En ese mismo periodo las autoridades nacionales han producido casi 100 resoluciones referidas a cárteles.

⁶ En Estados Unidos los programas de clemencia comienzan en 1978 con el llamado *Corporate Leniency Program*. Si bien va a ser a partir de un nuevo modelo de *leniency* en 1993 cuando empieza a tener resultados significativos.

⁷ AUBERT, REY y KOVACIC (2006, p. 1242).

ción con enfoques distintos. Se ha dicho que el sistema *antitrust* norteamericano sanciona con más dureza que el de la UE y, siendo así, las empresas que forman cárteles en Estados Unidos no lo hacen con la misma alegría que en Europa, más allá de los programas de clemencia.

En Estados Unidos, además, los programas de clemencia pueden ser aplicados a partir de la denuncia de individuos o de empresas, teniendo en cuenta que los individuos responsables de la creación y del funcionamiento del cártel tienen responsabilidades penales a las que hacer frente. En la UE no existe ese tipo de persecución penal a los directivos de empresas involucradas en cárteles⁸.

Esto hace que los modelos se alejen, puesto que en Estados Unidos, con los programas de *leniency* en funcionamiento, las empresas cartelizadas no solamente tienen que tener en cuenta que otras mercantiles pueden denunciar el cártel, sino que los propios empleados de la empresa tienen incentivos también para denunciar su participación en el cártel. Sobre todo, teniendo en cuenta que eso les permite a estos directivos librarse de periodos más o menos largos de cárcel.

Por otra parte, en Estados Unidos, si bien solamente el primer denunciante del cártel tiene la posibilidad de que se aplique el programa de clemencia, siempre que no sea un socio instigador del mismo, las empresas pueden aspirar a una reducción importante de las multas una vez iniciada la investigación sobre el cártel⁹. Del mismo modo, en Estados Unidos nunca se hace público cuál es la empresa o el individuo que denuncia la existencia del cártel y mucho menos el papel que ha jugado en el proceso de investigación y sanción. Además, los programas de *leniency* estadounidenses permiten declararse¹⁰ culpable, con lo que se reducen la multa y la inseguridad jurídica de las empresas, a través de un mecanismo que les permite saber las multas que finalmente les van a imponer en un plazo relativamente corto, que no tiene que ver con el procedimiento normal de un expediente sancionador¹¹. Por si fuera poco, el propio

⁸ Como ha recordado la Comisión Europea en su folleto de 2012 *The European Commission's leniency programme*, esto no significa que en algunas legislaciones nacionales se mantenga un sistema de sanciones a personas físicas que van desde la inhabilitación profesional hasta la prisión.

⁹ En la Comunicación de 2006 ya referida, la Comisión reconoce que si hay una aportación con valor añadido, aunque se haya iniciado el procedimiento sancionador y siempre que la aportación sea «a más tardar en la fecha de notificación del pliego de cargos», las empresas pueden ser beneficiarias potenciales de reducciones en las multas.

¹⁰ Si bien existen en la legislación *antitrust* norteamericana los *plea-bargaining*, es muy dudoso que estos influyan en la capacidad de disuasión del sistema de *leniency*, es decir, que tengan influencia en la política de disuasión de formación de cárteles que las empresas infractoras se declaren culpables, incluso bajo supuestos de existencia de errores tipo I. Todo lo que hace es reducir la incertidumbre sobre el resultado final de un procedimiento sancionador en marcha, pero no incide sobre la decisión de organizar o no organizar cárteles o de participar en ellos.

¹¹ En la UE, solamente «si, al término del procedimiento administrativo, la empresa ha cumplido [...] la Comisión dispensará del pago de la multa» (C 298/20). Por otra parte, «al final del procedimiento administrativo, la Comisión evaluará en su decisión la posición final de cada una de las empresas [...]» (C 298/22), en casos de reducción del importe.

Department of Justice norteamericano protege a las empresas en muchos casos de las reclamaciones civiles de terceros por daños y perjuicios ocasionados ¹².

3. En tercer lugar, al margen del modelo a seguir o complementariamente a él, hay un margen para el debate acerca de si finalmente los programas de *leniency*, en términos de interés general, encuentran un apropiado fundamento tanto por parte de la doctrina jurídica como de la ciencia económica.

Por tanto, dado que no queda claro cuál sería un modelo definitivo que pueda considerarse óptimo, este trabajo se va a plantear una revisión de algunos aspectos de interés, relacionados con los programas de clemencia y desde la perspectiva del análisis económico del Derecho.

En el epígrafe 2 se empezará discutiendo lo que parece más obvio en los programas de clemencia en defensa de la competencia, puesto que con arreglo a la legislación vigente estos programas solamente se pueden aplicar a cárteles. Parece oportuno revisar con qué definiciones y doctrina se está trabajando en relación con este concepto sustantivo para la aplicación de estos programas. Analizado el perímetro de lo que *grosso modo* constituye un cártel, el epígrafe 3 se centrará en la revisión de la literatura económica más teórica. En el cuarto apartado se introducirán algunas revisiones críticas, de carácter fundamentalmente empírico, sobre la experiencia de los programas de clemencia en la UE. Mientras que en el último epígrafe se sistematizarán algunos elementos, tanto de la literatura económica teórica como empírica, que hoy por hoy constituirían el conocimiento económico básico a tener en cuenta cuando se aplican estos programas.

2. LA EXISTENCIA DE UN CÁRTEL COMO CONDICIÓN NECESARIA PARA LA APLICACIÓN DEL PROGRAMA DE CLEMENCIA

Es importante subrayar inicialmente que, tal y como señala el art. 65 LDC, para aplicar el programa de clemencia en la jurisdicción española tiene que haber infracciones que se originen en la propia existencia de un tipo de organización que denominamos cártel. Es decir, puede haber infracciones del art. 1 LDC, tales como intercambios de información, fijación de condiciones comerciales en común, incluso fijación de precios, sin que necesariamente medie una organización de cártel. Por lo que, en estos casos, no sería aceptable la aplicación los programas de clemencia. De otro modo, la existencia del cártel es la condición *sine qua non* para aplicar los programas de *leniency* ¹³.

¹² En el apartado 40 de la Comunicación de la Comisión de 2006 ya referida se hace mención a que «la divulgación de documentos y declaraciones escritas o grabadas recibidos en relación con la presente Comunicación operaría en detrimento de algunos intereses tanto públicos como privados».

¹³ Aunque no siempre ha sido así para la Comisión Europea, puesto que su Comunicación de 1996 era relativa a la dispensa de pago de las multas y la reducción de su importe «en los asuntos

Lógicamente aparece un asunto de interés, como es la definición de cártel. Parece razonable que hubiera una definición categórica que evitara equívocos a la hora de aplicar la legislación, especialmente cuando media un programa de amnistía de multas. En el caso de la autoridad española la definición¹⁴ se toma directamente de la utilizada por la Comisión Europea: «los cárteles son acuerdos o prácticas concertadas entre dos o más competidores cuyo objetivo consiste en coordinar su comportamiento competitivo en el mercado o influir en los parámetros de la competencia mediante prácticas tales como la fijación de precios de compra o de venta u otras condiciones comerciales, la asignación de cuotas de producción o de venta, el reparto de mercados, incluidas las colusiones en licitaciones, las restricciones de las importaciones o exportaciones o las medidas anticompetitivas contra otros competidores»¹⁵.

Esta definición plantea tres tipos de cuestiones:

1. Si cualquiera de esas prácticas por separado, con el propósito de desfigurar el orden competitivo, es grave, lo más grave es que se den varias de ellas, de forma conjunta y con la clara intención de monopolizar el mercado de modo duradero, es decir, de cartelizarlo. Por eso, el cártel es la infracción más grave dentro de la gravedad de los posibles comportamientos colusorios.

Ahora bien, la monopolización no se hace simplemente con una fijación de precios o un intercambio de información. La cartelización exige una organización mínima, más o menos estable, más o menos extensa, más o menos rigurosa, más o menos centralizada, pero mediadora de un conjunto de acuerdos y prácticas anticompetitivas, más o menos diversos, donde no faltará una fijación de precios y un reparto de mercado —o de clientes—, que vaya controlando su cumplimiento y que vaya determinando las condiciones de periodos sucesivos, frente a una demanda conocida y contemplada como una unidad por todos aquellos operadores que se cartelizan.

En este sentido, llama la atención que cuando la Comisión Europea publica su «*leniency programme*», para su difusión en 2012, no dice que un cártel es una organización ilegal que gestiona acuerdos, también ilegales, para monopolizar el mercado; sino que un

relacionados con los acuerdos entre empresas» y, se podría apostillar, no solamente cárteles. Después, en 2002 y 2006, las Comunicaciones producidas se refieren exclusivamente a cárteles.

¹⁴ Esta definición la encontramos en la Disposición Adicional 4.ª de la Ley 15/2007. Hay que decir que la Comunicación de la CNC de 2013 peca de algún modo de cierta retórica cuando quiere entrar en la cuestión del ámbito objetivo de aplicación del programa de clemencia. Especialmente en el desarrollo que tiene a partir del apartado 8 que dice que «los cárteles consisten en conductas colusorias entre competidores, reales o potenciales, prohibidas por el art. 1 de la LDC y tipificadas como infracciones muy graves». Para después hacer referencia a la Disposición Adicional 4.ª citada, pero solamente con el fin de señalar el carácter secreto de los cárteles y que tienen un objeto anticompetitivo. En el apartado 9 entra en su concreción y reproduce, aunque no en su exacto literal, la definición de la Comunicación de la Comisión de 2006. Acaba en el apartado 10 señalando que «lo más habitual» es que sea «una forma de colusión compleja y compuesta». La pregunta que cabe hacerse es si no tendrían que haber empezado por aquí la definición de cártel.

¹⁵ *Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel*. DOUE, 8 de diciembre de 2006, C298/17 ES.

cártel es «un tipo de acuerdo» que puede consistir en fijar precios, limitar la producción o repartirse mercados o clientes, incluyendo los *bid-rigging*. De modo que, con estas definiciones, un cártel es un acuerdo que no tiene por qué ser complejo —en el sentido de incluir necesariamente varios tipos de acuerdos sobre diferentes aspectos— y mucho menos contener algún tipo de organización que refleje esa intención de permanencia.

2. La sucesión de conjunciones disyuntivas en la definición de cártel le da más grados de libertad a la autoridad a la hora de actuar. Puede existir *leniency* si se acepta que un simple acuerdo de fijación de precios sin reparto de mercado constituye un cártel. Lo que no cabe duda es que las empresas siempre saben si forman parte de un cártel o no. Sin embargo, cuando cualquiera de esas prácticas cometidas separadamente puede ser considerada como un cártel, entonces aparece cierto grado de inseguridad jurídica, derivada de dos hechos: por un lado, la aparición de incentivos distintos, como el beneficio de la delación de otros competidores, solamente si se está en un cártel; por otro lado, cobra aquí una nueva dimensión la generosidad en la transmisión de la información, que pudiera considerarse —por el objeto— como prerrequisito fundamental y suficiente de la colusión explícita, al formar una base fundamental de la delación, detección o investigación de los acuerdos ilegales. Esta información, eventualmente, puede ser utilizada por algunos competidores como evidencia de un cártel, cuando en origen podría ser solamente un punto de arranque de un acuerdo o práctica colusoria. Pero también podría tratarse de un intercambio de información, por ejemplo, de evolución de costes o de evolución de la demanda de mercado, que a menudo favorece soluciones más eficientes en entornos competitivos. En este sentido, hay que tener claro que el mundo no se divide en dos: competir y compartir información, siendo ilegal el segundo a la luz de la legislación *antitrust*; sino que el mundo al menos se divide en tres¹⁶: competir, compartir información para competir más eficientemente y compartir información para coludir. Siendo coludir una actividad posterior que lleva implícita la de compartir información pero no al revés.
3. La indefinición puede desvirtuar la naturaleza del programa de clemencia y poner en peligro la eficacia de estos programas, al no tener claro el objeto del mismo. En este sentido, cabe preguntarse por qué no todos los acuerdos colusorios pueden ser objeto del programa de clemencia y no solamente los cárteles. De hecho, como se ha tenido ocasión de señalar ya, en la Comunicación de la Comisión de 1996 no se refería a cárteles. Hecho este que cambió en la Comunicación de 2002. La respuesta es que se trata de una organización que funciona en paralelo al mercado y que incide en él mediante distintos acuerdos con el propósito único de monopolización del mercado

¹⁶ ATHEY y BAGWELL (2001).

para sus socios, muy pernicioso para el interés general, sobre todo si logra estabilizarse.

A pesar de las dudas que puedan sembrar las definiciones utilizadas en diversas comunicaciones, incluso en la propia Disposición Adicional 4.^a de la actual LDC, no parece que el Consejo de la CNC haya tenido dudas al respecto, cuando ha tenido que establecer si estaba frente a un cártel o no. Al menos, en algunas de sus resoluciones esto queda suficientemente acreditado. Si bien se observa también cierto interés por ampliar la definición del ilícito lo máximo posible. Por ejemplo, si se toma el Fundamento de Derecho 4.º de la Resolución del Expediente S/0287/10, de 2 de agosto de 2012, encontramos una concreción de la definición de cártel que se aplica en la práctica: «puesto que el objeto de los acuerdos alcanzados por dichas empresas ha consistido en el reparto del mercado y la fijación de precios [...]. Este cártel constituye una infracción única y continuada [...] con el único objetivo de mantener cerrado el mercado para su reparto [...]. Las comunicaciones están llenas de referencias al carácter regular y de «habitabilidad» de estas actuaciones. Las propias empresas se reconocían como grupo instituido [...]». La Resolución hace una oportuna referencia a la SAN de 6 de noviembre de 2009 en el asunto *Cajas Vascas*, con la intención de subrayar ahí que las distintas infracciones del art. 1 LDC se aúnan en ese único objetivo y tienen «una consumación progresiva y correlativa a la ejecución de los actos que conforman ese conjunto». Del mismo modo, el fundamento de la resolución se refuerza con la cita de la Sentencia del TJCE en el caso del recurso a la Decisión de la Comisión de 13 de julio de 1994, donde se señala que las diversas acciones infractoras se inscriben en un «plan conjunto».

No parece que esté en discusión una organización mínima orientada a tal objetivo, ni que pueda sostenerse en el tiempo a través de prácticas anticompetitivas de tipo tácito, dada la necesidad tanto de fiscalizar el grado de cumplimiento del plan como de renovarlo para darle esa exigencia de continuidad temporal y «consumación progresiva y correlativa». Si bien, no es objeto de este artículo agotar los elementos de evaluación que permitan decir hasta qué punto es posible identificar un ilícito como el del cártel como parte del art. 1 de la LDC o del art. 101 TUE. Sin embargo, esa identidad es esencial para poder analizar un programa de *leniency* que se centra en su existencia.

A partir de aquí y hechas estas observaciones, supondremos que cualquier acción pública o privada es capaz de discernir un comportamiento colusorio simple de una estrategia de cartelización y, en esa medida, no habrá ninguna duda acerca de cómo y a quién aplicar el programa de clemencia.

3. LOS PROGRAMAS DE *LENIENCY* A LA LUZ DE LA LITERATURA ECONÓMICA ACTUAL

Asumiendo, por tanto, que siempre estamos ante la existencia de cárteles, se puede decir que hoy por hoy los programas de clemencia son consi-

derados de forma general —sin duda por parte de las autoridades de la competencia más importantes— como la principal herramienta para descubrir, perseguir, sancionar y eliminar cárteles.

Para poder evaluar los efectos de estas políticas de clemencia es preciso conocer lo que hasta ahora han dicho la doctrina jurídica y económica al respecto. En este apartado se realizará una revisión de lo fundamental y básico de esa doctrina desde la perspectiva de la teoría económica actual.

En primer lugar, se trata de una literatura especializada, que pone especial hincapié en analizar no solamente hasta qué punto se facilita la detección de cárteles o hasta dónde se reducen los costes de aplicación de la ley, sino que se interesa también por el análisis más a largo plazo de la disuasión general que producen los programas de clemencia, en función de diferentes políticas de defensa de la competencia.

El análisis económico de los programas de clemencia parte de la teoría económica de la sanción óptima. Básicamente, de aquellos elementos que configuran un determinado nivel de disuasión¹⁷, como son la severidad de la sanción y la probabilidad de ser denunciado y sancionado.

Una primera idea, derivada de las teorías de Gary BECKER¹⁸ sobre la sanción óptima, es que se busque la máxima sanción posible¹⁹, dada la probabilidad de ser denunciado y sancionado, que a su vez depende del esfuerzo investigador de la autoridad de la competencia. Elevar esa probabilidad²⁰ supone un aumento de costes, al menos si se mantiene constante la productividad. El punto de arranque, por tanto, es que hay una multa máxima asociada a una probabilidad de detección y sanción, siendo el producto de ambas lo que determina, en función de los beneficios económicos extraordinarios conseguidos por aquellos que coluden, hasta qué punto es disuasoria.

En clave de análisis económico de la sanción óptima y como primera aproximación, los programas de clemencia en general serán eficaces cuando sean capaces de mantener o reducir los costes de investigación de un modo que, manteniendo un nivel de multas máximo, la probabilidad de detección y sanción aumente. Por lo que, para un nivel de beneficios extraordinarios ilícitos, aparecen empresas que forman parte de cárteles con incentivos para denunciar su existencia y evitar una multa, ahora más probable.

¹⁷ Siempre hay que tener en cuenta que estamos situados en un marco legal en el que las sanciones tienen ese carácter disuasorio y no necesariamente retributivo; gobernado además por un inatacable principio legal de proporcionalidad, que en conjunto podría lastrar la eficacia de algunos modelos de aplicación de los programas de clemencia.

¹⁸ BECKER (1968).

¹⁹ Bajo la consideración de que una multa es una transferencia de renta de unos agentes a otros que no modifica el nivel de interés general, los costes de funcionamiento de la autoridad de la competencia sí que afectan a ese bienestar y, por consiguiente, un nivel máximo en las multas asegura el mínimo nivel de recursos dedicados a la investigación y sanción por parte de la autoridad, para un nivel dado de disuasión.

²⁰ BRYANT y ECKARD (1991) establecieron, a partir de un análisis de casos de la autoridad *anti-trust* norteamericana para el periodo 1961-1988, que la probabilidad máxima de que un cártel fuera detectado y sancionado se situaba entre el 0,13 y 0,17.

Lógicamente, la denuncia de la existencia de un cártel significa que los beneficios extraordinarios —descontados en el tiempo y netos de la probabilidad de ser descubiertos y multados— van a desaparecer y, en el mejor de los casos para estas empresas, aparecerá una corriente de beneficios, propios de una situación de competencia en la que el delator es posible que haya ganado mercado —cuotas, márgenes, etc.—, evitando además el pago de la multa, ahora cierta, o al menos una parte más o menos importante de la misma. Lo que sí parece claro, con independencia de cómo se haya desarrollado, es que hay una especificidad, dentro de la literatura económica de la sanción óptima, relativa al análisis económico de los programas de *leniency*.

Muy probablemente, el trabajo de MOTTA y POLO (2003) sea el que por primera vez sustancie la importancia del análisis económico de los programas de *leniency* en la legislación de defensa de la competencia²¹. En la investigación se pone de manifiesto que, en un entorno de «empresas simétricas» y bajo el marco analítico de la teoría de juegos, las empresas determinan cómo desarrollar una estrategia maximizadora de beneficios, una vez la autoridad de la competencia ha determinado su política de competencia. Lógicamente, en el desarrollo de esas estrategias se introduce la aplicación de los programas de *leniency*.

Para MOTTA y POLO²² hay un elemento básico que determina la existencia de estrategias colusorias o no por parte de ciertos sectores económicos o grupos de empresas. Este elemento resulta de la combinación de dos valores distintos de probabilidad, uno, ser investigado como cártel y, otro, ser sancionado una vez ha sido investigado²³.

Por tanto, la respuesta de la empresa al programa de *leniency* estará condicionada por dos niveles de probabilidad²⁴, el de ser detectado por la autoridad, con la consiguiente iniciación del procedimiento sancionador y, aparte, una vez detectado y acusado el cártel, el de ser finalmente sancionado.

La autoridad puede dedicar más o menos recursos a lo primero, es decir, a detectar e investigar cárteles, o a lo segundo, es decir, a resolver los casos detectados e investigados inicialmente. Siempre hay que suponer que el valor de probabilidad está directamente relacionado con la cantidad de recursos disponibles para el fin propuesto. Este valor, por otro lado, está dado

²¹ Esto no significa que no se considere de importancia el *working paper* de SPAGNOLO (2000) y que se citará en repetidas ocasiones. Sin embargo, porque hay un *working paper* preparatorio anterior de MOTTA y POLO y, también, por la sistemática del modelo presentado y por el carácter general de las conclusiones, aquí se ha considerado seminal el trabajo de MOTTA y POLO (2003).

²² MOTTA y POLO (2003), pp. 254-258.

²³ El valor de la multa final, en sintonía con lo más general de la literatura de la sanción óptima, sería la máxima y está dada. De modo que es el valor de probabilidad, junto con el nivel de beneficios extraordinarios ilícitos —también dado—, el que explica la existencia de una estrategia colusoria por parte de un grupo más o menos amplio de empresas del sector afectado.

²⁴ Sin embargo, en el modelo presentado, los valores de probabilidad no están afectados por la existencia o no del programa de *leniency*. Lo que hace irrelevante el programa de *leniency* a los efectos de la estrategia elegida inicialmente.

para todos los periodos²⁵. Si el presupuesto de la autoridad está dado, hay cierto *trade-off* entre unas tareas y otras, generando la autoridad distintas áreas de combinación de valores de probabilidad en función de cómo se asignen los recursos. Estas áreas son las que explican las tres estrategias referidas.

Establecido un plano que contiene todas las combinaciones posibles entre probabilidades, los autores señalan tres estrategias: estrategias no colusorias, estrategias colusorias que colaboran con la autoridad en el momento en el que se pone en marcha la investigación y estrategias colusorias no colaboradoras con la autoridad de la competencia.

Las estrategias no colusorias serían aquellas en las que hay una probabilidad alta de detección del cártel, junto con una probabilidad también alta de sanción. En estos casos no parece necesario un programa de *leniency*, dado que el comportamiento de la empresa será competitivo, puesto que cualquier posible solución colusoria acaba hipotéticamente en un producto de una probabilidad alta por una multa máxima, finalmente capaz de batir cualquier beneficio ilícito.

En segundo lugar, si la probabilidad de ser detectado e investigado llega a ser alta, pero el valor de probabilidad de ser sancionado es relativamente bajo, entonces la estrategia a seguir será la de la colusión sin colaboración con la autoridad, puesto que aunque sean detectados e investigados con un valor probabilístico alto, los cartelistas se enfrentarán a una probabilidad baja de ser sancionados, por lo que es muy posible que les compense el juego de coludir, pagar, competir temporalmente y volver a coludir pasado un tiempo. Al fin y al cabo, ninguno de los cartelistas ha quebrado la confianza de los demás.

Finalmente, si las empresas observan que el valor de probabilidad es bajo en detección e investigación por parte de la autoridad y la probabilidad de ser sancionado es alta, la apertura de un expediente sancionador genera incentivos a la colaboración con la autoridad, puesto que es lo racional para todos los cartelistas, siempre tomando como referencia las reducciones que tienen las multas y el número de posibles beneficiarios bajo un programa de clemencia. Hay que señalar que en el modelo propuesto no hay defección a priori por parte de los cartelistas. Incluso podría formar parte de los acuerdos colusorios, en un sentido lato, la colaboración con la autoridad, una vez investigados. Por lo que tampoco se rompería la confianza entre ellos para reorganizar el cártel en un momento posterior.

²⁵ HARRINGTON (2004) y HINLOOPEN (2006) han desarrollado modelos en los que se endogeniza la probabilidad para cada periodo. En estos modelos se consiguen elegantes y sencillas reglas dinámicas, que relacionan el valor de probabilidad con la tasa de descuento y determinan los niveles de disuasión que se pueden obtener. Entre ellas, que un aumento del valor de probabilidad obliga a un aumento considerable en aquella tasa de descuento que permite que el cártel sea estable internamente. Dada la corriente intertemporal de beneficios, que pueden ser de colusión o de competencia, si se denuncia o se rompe el cártel, la tasa de descuento es fundamental para entender hasta qué punto los cárteles pueden llegar a ser estables. Sabiendo, además, que sobre esa tasa de descuento no se puede influir.

A partir de estos tres entornos se pueden introducir otros elementos que quedarían más directamente afectados por el programa de clemencia. Uno de ellos sería el grado de reducción en las multas, en casos de colaboración con la autoridad *antitrust*. El otro sería el último momento en el que pueden ser beneficiarios del programa. El tercero estaría relacionado con el número de posibles beneficiarios del programa, el orden de entrada y las condiciones para poder ser beneficiario. La combinación de los tres determinaría hasta qué punto es posible alcanzar un programa de *leniency* óptimo.

En relación con las reducciones de multas, se considera que éstas deben ser generosas, puesto que cuanto más se alejen del valor final del producto de la multa por la probabilidad de detección y sanción, mayor será el incentivo a abandonar el cártel y denunciarlo²⁶.

Los autores señalan razones más complejas en una infracción de cártel que en otro tipo de infracciones, para las que se ha estudiado el efecto de las reducciones en las multas. Esta complejidad tiene que ver con su carácter de permanencia en el tiempo y, por tanto, con la relevancia del momento en el que se paga efectivamente la multa, también con el coste de oportunidad de los beneficios perdidos en función de una determinada tasa de descuento de la economía. Por eso para altas tasas de descuento, los incentivos a coludir son mucho mayores que en escenarios con bajas tasas de descuento. También es relevante señalar que un sistema generoso de reducciones de multas, dado un contexto determinado de tasas de descuento, puede suponer un importante incentivo a la colusión, cuyo castigo quedaría significativamente paliado por esa política de reducción.

En cuanto a la fecha límite para colaborar con la autoridad de la competencia, los autores consideran que si solamente se pueden conseguir las reducciones de las multas, aun siendo muy generosas, en un momento anterior al inicio de la investigación por parte de la autoridad de la competencia, el programa de *leniency* resultará absolutamente ineficaz.

Hay que pensar que, en el momento inicial, es decir, sin investigación abierta, la probabilidad de ser finalmente sancionado es el producto de dos probabilidades —cada una de ellas menor que uno—, la de ser investigado y la de ser sancionado una vez investigado. Por lo que, salvo que el producto de probabilidades sea alto —en cuyo caso no hay necesidad de un programa de clemencia, porque no habrá colusión, dado el resultado que obtiene la labor de investigación de la autoridad—, en los otros casos no tendría sentido denunciar la existencia del cártel antes de ser investigado, mientras que sí tendría sentido colaborar una vez se ha iniciado la investigación²⁷.

En cuanto al tercer elemento que se señalaba, relativo al número de empresas beneficiarias del programa de *leniency*, la literatura plantea que

²⁶ SPAGNOLO (2000) considera que un programa de clemencia efectivo de verdad tiene que considerar la posibilidad, no solamente de reducir las multas hasta quedar exento, sino incluso de entregar una recompensa a la mercantil que denuncie la existencia del cártel.

²⁷ En este caso, la probabilidad de ser investigado es el de un suceso seguro, es decir, multiplica por uno a la probabilidad de ser sancionado.

el principio de primer informante (*first comer*) como beneficiario del programa de ayuda contribuye mejor que otro a la optimización del programa de clemencia²⁸. Esto se ha hecho bajo el supuesto de que la carrera por ser el primero será un factor de desestabilización del cártel, que además reduciría el incentivo a la colusión que produce esa zona de colusión con colaboración. Junto a ello, también se aduce que el nivel de disuasión final es el mismo una vez que la primera empresa entregue información suficiente como para constituir una prueba que determine la existencia del cártel, sus características y sus miembros. Sin embargo, si el primer colaborador, entregando toda la información disponible, no resulta ser un testimonio y una prueba definitiva, en la práctica puede resultar más provechoso para la disuasión que sigan entrando beneficiarios en el programa, en la medida en que aporten «valor añadido», es decir, que contribuyan con más y mejores pruebas a la reconstrucción narrativa y probatoria del cártel por parte de la autoridad, antes de la decisión de sancionar.

Vistos así, los programas de clemencia tienen que contemplar, además de importantes reducciones sobre la multa máxima, la posibilidad de que los cartelistas colaboren con la autoridad una vez iniciado el procedimiento sancionador. La mejor prueba de ello es el caso de Estados Unidos y su programa inicial de 1978, que no comenzó a obtener resultados importantes hasta que en 1993 admitió esa posibilidad de reducciones una vez iniciado el procedimiento sancionador, si bien aplicable solamente al *first comer*.

Del trabajo de MOTTA y POLO²⁹, dado su carácter eminentemente teórico, también se puede establecer que si los recursos de la autoridad son importantes y consigue una probabilidad alta de detección de cárteles y una probabilidad alta de sanción de los detectados, entonces el programa de *leniency* resulta innecesario, sobre todo porque el nivel de colusión será muy reducido. Por otra parte, si los recursos de la autoridad de la competencia son escasos y se tiene una baja probabilidad de detección y una baja probabilidad de sanción, entonces la racionalidad económica llevará a la colusión, allí donde esta sea la mejor solución para los que participan en ella, del mismo modo que esa racionalidad económica llevará a la no colaboración de las empresas cartelizadas con la autoridad de la competencia.

En todo caso, hay un entorno de probabilidades que justifica la existencia de los programas de *leniency*, como una solución de *second best* para la autoridad de la competencia y siempre en función del acierto concreto con que se diseñe la política de clemencia, puesto que es muy posible que genere una reacción colusiva a la vez que colaborativa, cuyos resultados netos en términos de bienestar general no quedan meridianamente claros³⁰.

²⁸ SPAGNOLO (2000).

²⁹ MOTTA y POLO (2003), p. 375.

³⁰ El incentivo a denunciar a base de reducciones de multas que justificarían la deserción del cártel por parte de una o varias mercantiles, también sirve para subrayar el caso en el que las mercantiles son capaces de generar artificialmente información con el fin de subrayar la prueba de existencia del cártel, así como su posición y la de las demás mercantiles dentro del mismo.

Bien es cierto que no se puede ocultar que la existencia de incentivos internos en las propias empresas para incumplir los acuerdos irían más allá del modelo teórico propuesto³¹, como por ejemplo denunciar el cártel para ganar cuota de mercado, aunque después, y durante mucho tiempo, haya que mantener precios de competencia. Esto deja un margen mayor para que el desarrollo de programas de *leniency*, finalmente, obtenga buenos resultados en términos de interés general.

4. PROGRAMAS DE CLEMENCIA Y CÁRTELES MÁS INESTABLES

Por tanto, también hay margen para preguntarse, más allá de lo señalado hasta ahora, qué contribuiría a afinar el análisis económico, de modo que los programas de clemencia tuvieran una mayor capacidad de desestabilización de los cárteles existentes³² y de disuasión en su formación, sabiendo que las fuerzas de mercado en un periodo razonable no van a eliminarlos y que se va acumulando una pérdida de bienestar general.

A pesar de tratarse de una solución de *second best* en un entorno de recursos escasos a disposición de la autoridad de la competencia, cuyos resultados dependen mucho de su arte final, algunos autores han señalado también que los programas de *leniency* pueden desestabilizar los cárteles, porque aquellos que conspiran en la organización ilegal pueden simultáneamente engañar dentro del cártel y solicitar la aplicación del programa de clemencia, obteniendo con ello algunas ventajas añadidas³³.

Así, resulta de interés un elemento que no se trata en MOTTA y POLO (2003) como es la importancia de ser un único delator o varios y las condiciones para acceder al programa de *leniency*, desde el punto de vista de los efectos en la desestabilización de cárteles. Si bien ya había sido tratado por SPAGNOLO (2000), como se ha tenido ocasión de señalar más arriba. Profun-

³¹ Una vez iniciado el procedimiento sancionador, el programa de *leniency* tendría sentido en los términos más literales de lo que se conoce en teoría de juegos como «el dilema del prisionero», es decir, la solución es delatar aunque no sea la mejor solución de entre todas las posibles. No obstante, la disuasión perseguida por los programas de *leniency* obliga a generar mayores incentivos para empresas que, siendo parte de cárteles, no son «prisioneros» de la autoridad. Es decir, generar incentivos distintos para que puedan denunciar cárteles antes de ser investigados y con ello generar un clima de desconfianza en cualquiera de ellos que los haga más inestables y que disuada su formación.

³² DE ROOS (2006) estudió con detalle el famoso cártel de la lisina. Encontró que había elementos internos en la formación del cártel que lo hacían inestable. Por ejemplo, llamaba la atención sobre la asimetría de las partes en el acuerdo y la dificultad para coordinarse adecuadamente y repetir en el tiempo el acuerdo de forma estable. Del mismo modo, observó que un análisis de cárteles y de los programas de clemencia se tiene que hacer desde un punto de vista dinámico, asumiendo cambios importantes en las estructuras de mercado. Lo que comporta también nuevos factores de inestabilidad de los cárteles.

³³ BUCCIROSSI y SPAGNOLO (2006), con la utilización de modelos de teoría de juegos, apuntan también a que programas de *leniency* de tipo «moderado», es decir, con reducciones en las multas no muy importantes y un abanico de beneficiarios potenciales sin más, puede generar mecanismos de gobernanza en el cártel para estabilizarlo más, incentivando más que disuadiendo la formación de cárteles, puesto que ese mecanismo no aparecería de ningún modo si no existiera el programa de clemencia.

dizando en esta línea, BLUM, STEINAT y VELTINS (2008) ponen de manifiesto que en ciertos cárteles, convertirse en el primer solicitante de clemencia puede suponer en términos de incentivos una estrategia compatible con una ruptura del cártel y una guerra de precios. Esto no haría, de acuerdo con los autores, sino darle ventaja en el futuro, al obtenerla después de haber sido el primero y el único en atacar con precios más bajos que los del cártel y causar un daño financiero al que ahora es su competidor. En otros casos puede suponer aprovechar economías que derivan de la nueva cuota de mercado conseguida, como sería el caso analizado por BLUM, STEINAT y VELTINS (2008) del cártel del cemento alemán, que el *Bundeskartellamt* sancionó con más de 600 millones de euros en 2003.

Otros trabajos, como el de MILLER (2009), si bien asumen que los programas de clemencia pueden desestabilizar los cárteles, porque los conspiradores pueden explotar este tipo de política para elevar el coste de sus rivales en los periodos subsiguientes, subrayan también que los programas de *leniency* ponen de manifiesto el efecto evidente que tienen en la política de competencia de un país. En su estudio utiliza una muestra de cárteles detectados en el periodo que va desde 1993 hasta 2005 en Estados Unidos y utilizando una regresión de Poisson en su forma reducida, observa que, efectivamente, el número total de cárteles descubiertos aumenta a partir de la fecha de introducción del programa de *leniency* y que un tiempo después la tasa de cárteles descubiertos cae incluso por debajo del nivel que tenía en la fase anterior a la entrada en funcionamiento del programa de *leniency*. De este modo el autor señala que el «patrón es consistente con la mejora de la detección de carteles y la capacidades de disuasión»³⁴.

Para MILLER la introducción de un nuevo programa de clemencia proporciona un *shock* exógeno que identifica el efecto de la *leniency* sobre la formación y la detección de cárteles. En sus resultados obtiene que los cárteles descubiertos aumentan en número inmediatamente con la introducción del programa de clemencia (consistente con un nuevo sistema que favorece la detección) y que los descubrimientos de cárteles, después de un tiempo de la introducción del programa, caen por debajo de su nivel inicial (consistente con un nuevo sistema que fuerza la disuasión en la formación de carteles).

No obstante, el propio autor advierte de dos cosas relevantes en su estudio. La primera que trabaja con una serie temporal simple, con un cambio exógeno en la política de competencia, siendo mucho mejor poder realizar una aproximación *cross-section* para una identificación más robusta. Lo que le obligaría a otro tipo de análisis y la toma de datos igual de consistente de otras jurisdicciones de competencia distintas de la norteamericana.

Por otro lado, asume que para que el trabajo tenga algún valor los cárteles descubiertos tienen que ser una muestra representativa de todos los cárteles existentes en la economía. Efectivamente, la investigación se desarrolla con una función de distribución que supone una determinada propor-

³⁴ MILLER (2009), pp. 765.

cionalidad o representatividad a la muestra, que son los cárteles descubiertos y perseguidos por la autoridad, lo que no deja de ser un salto cualitativo importante, dada la manifiesta ignorancia acerca del nivel de cartelización real de la economía.

De hecho, sus propios resultados podrían interpretarse como que el programa de *leniency* en Estados Unidos supone un cambio en los incentivos de las empresas cartelizadas, de modo que aparecen más cárteles propicios a ser denunciados, dado el diseño, pero no necesariamente otros muchos cárteles existentes que incluso encuentran un respiro a su estabilidad, una vez que la autoridad de la competencia ha diseñado y puesto en marcha su sistema. Razón por la cual MILLER observa una caída posterior en el número de casos, incluso inferior al periodo previo al programa.

Es relevante a estos efectos el trabajo de BIGONI *et al.* (2012), que podríamos considerar dentro de la literatura económica experimental y en el marco teórico de juegos repetidos, en un mundo de competencia a la Bertrand, donde los programas de clemencia aumentan la disuasión, pero estabilizan más los cárteles que sobreviven, más allá de lo que lo haría un régimen de *laissez-faire*.

Si esto fuera así, el resultado, una vez más, en términos de bienestar no estaría claro. Por eso, estos autores prueban a llevar más allá el sistema de reducciones de multas, introduciendo la figura de las recompensas en caso de defección y denuncia del cártel por parte de uno o algunos de sus miembros, como ya había señalado SPAGNOLO (2000). No obstante, en sus conclusiones se señala que, con programas de *leniency* en los que se contemple la posibilidad de recompensas, es más improbable que el cártel vuelva a aparecer y que los precios caigan significativamente, siempre y cuando las multas sean utilizadas como recompensas para aquellos que deciden salirse del cártel y denunciarlo a la autoridad de la competencia, siendo el resultado en términos de bienestar general positivo.

Esta línea de análisis de programas de clemencia con la posibilidad de introducir recompensas, también ha sido explorada por AUBERT, REY y KOVACIC (2006), si bien dando un paso más e introduciendo en los modelos, con teoría de juegos repetidos al modo de los otros trabajos ya comentados, la posibilidad de recompensar a los empleados de las empresas y no solamente recompensado a las empresas informantes. El resultado del modelo, también teórico, es que si se introducen recompensas a los empleados y el número de los empleados que conocen el acuerdo colusorio de la empresa es relativamente amplio, entonces el nivel de disuasión es elevado.

También señalan que si se hace extensivo el sistema de recompensas a los instigadores y líderes de los cárteles, la eficacia del programa de clemencia aumenta. Del mismo modo, son conscientes de que un programa de clemencia con recompensas podría generar un problema de intercambio de información entre empresas y que redundaría en una pérdida de eficiencia, en tanto que las empresas, no solamente las cartelizadas, dejan de colaborar en aquellos aspectos legales que promueven la mejora técnica, la comercia-

lización, etc. No obstante, entienden que este problema se minimizaría si se estableciera un programa de multas para todas aquellas denuncias que resultaran ser falsas.

Abundando en la literatura de la economía del experimento y dentro de la corriente de autores que consideran las recompensas dentro del programa de clemencia, es destacable el trabajo de YAMAGUCHI, KAWAGOE y SHIBATA, (2009). Se plantean estudiar tres supuestos de cartelización y efectos de los programas de *leniency*.

El primero de ellos, tradicional en la literatura de cárteles, es el referido a la estabilidad del cártel en función del número de empresas. El resultado es el esperado, es decir, cuanto mayor es el número, mayor es la dificultad para sostener la colusión en el tiempo.

El segundo se refiere al número de beneficiarios posibles del programa de clemencia. Contrariamente a otras aportaciones, en esta investigación no es relevante la estructura de beneficiarios desde el punto de vista del resultado en términos de mayor o menor disuasión.

El tercero hace referencia a los sistemas de reducciones de multas o de recompensas. Se subraya aquí la corroboración de las hipótesis barajadas en los modelos de SPAGNOLO (2000) y BUCCIROSSI y SPAGNOLO (2006), en el sentido de confirmar que los programas de clemencia que se planteen sistemas de recompensa a los informantes refuerzan los resultados en términos de detección y de disuasión.

En otro orden de variables relacionadas con la estabilidad de los cárteles y las políticas de clemencia, algunos trabajos se han centrado en las relaciones de los valores de probabilidad de detección de cárteles y las tasas de descuento que hacen compatible la estabilidad interna de esos cárteles.

En concreto, es del máximo interés el trabajo de HINLOOPEN (2006), ya citado antes. Dentro de un modelo de superjuegos de colusión, en los que puede cambiar de un periodo a otro el valor de probabilidad que se asigna a la autoridad de la competencia a la hora de detectar cárteles, HINLOOPEN observa que, efectivamente, un pequeño aumento en la probabilidad de detección supone un incremento importante en la tasa de descuento que hace internamente estable el cártel. Lo que sugeriría en principio un tipo de política de clemencia centrada en algunos sectores, en los que gradualmente iría aumentando la probabilidad de detección de colusión, es decir, de los que se acabaría conociendo mejor su dinámica competitiva y, en consecuencia, los parámetros que determinan la existencia o no de colusión dentro del mismo.

Sin embargo, utilizando las mismas reglas y relaciones entre ese valor de probabilidad y la tasa de descuento, HINLOOPEN encuentra mucho más interesante desarrollar una política de clemencia orientada a conseguir valores de probabilidad positivos en una gran cantidad de sectores, dado que esto multiplicaría el valor mínimo de la tasa de descuento que permite que los cárteles sean internamente estables.

5. CANTIDAD Y EFICACIA EN LOS PROGRAMAS DE CLEMENCIA: ALGUNAS APORTACIONES CRÍTICAS DE CARÁCTER EMPÍRICO EN RELACIÓN CON LA EXPERIENCIA EUROPEA

Más allá de la literatura teórica, la eficacia de los programas de *leniency* en el seno de la Comisión Europea ha sido discutida, al menos en cuanto a su alcance real, por algunos autores³⁵. Así, STEPHAN (2008)³⁶ plantea que, antes de la Comunicación de 2002, una parte importante de la exitosa aplicación del programa de *leniency* estuvo muy relacionada con una información previa disponible que procedía de casos ya iniciados en Estados Unidos y que se correspondían con organizaciones cartelísticas de carácter internacional; y cuando no fue así, con cárteles que habían dejado de existir o estaban a punto de extinguirse por razones económicas impuestas por los propios mercados.

En concreto, STEPHAN³⁷ aprecia que de los 34 casos de cárteles sancionados por la UE en el periodo que va desde el inicio del programa de *leniency* en 1996 hasta el año 2007 —siempre que la investigación comenzara antes de la reforma del programa europeo de clemencia, con la Comunicación de 2002—, en 23 casos se aplicó el programa de *leniency* y, de ellos, en 19 las empresas informantes consiguieron la supresión o la reducción de la multa. Lo que resulta más curioso es que en 15 de esos casos se diera la circunstancia de que había ya una investigación abierta en Estados Unidos y que se trataba, claro está, de cárteles internacionales, que supusieron casi el 50 por 100 de las multas impuestas por cárteles en ese periodo.

Por otra parte, se observa que en ese periodo se da una concentración importante de casos en torno al sector químico³⁸, poniendo de manifiesto que, en el transcurso de las investigaciones para determinados productos cartelizados —en concreto, a partir del cártel de la lisina—, se pudieron obtener documentos que permitieron descubrir otros productos y merca-

³⁵ En el caso español, sería demasiado prematuro sacar conclusiones acerca de su modelo, teniendo en cuenta que se puso en marcha en septiembre de 2007. No obstante, si contabilizamos los expedientes resueltos en los que están implicados cárteles, desde entonces hasta los que se puede acceder a la resolución en julio 2013 —se hace la cuenta de 28, incluyendo los declarados como tales y aquellos otros que, si señalarse expresamente en los fundamentos de derecho, se describen como acuerdos de precios con reparto de mercados e incluyendo aquellos resueltos con posterioridad a septiembre de 2007, aunque no estuviera vigente el programa de clemencia en el momento de incoar el expediente, pero sí recursos dedicados de la CNC a su investigación y sanción—, la mitad de los resueltos han sido sin programa de clemencia, por investigación de oficio o por denuncia de parte. Si bien, si contabilizamos desde el primer expediente resuelto con programa de clemencia, S/0084/08, *Fabricantes de Gel*, con fecha de resolución el 21 de enero de 2010, el número final de expedientes de cártel baja a 22. De este total, 14 fueron con aplicación del programa de clemencia, cinco fueron por denuncia de parte y tres fueron por investigación de la CNC, si bien en los tres había precedentes de expedientes sancionadores del mismo mercado. Lo que pone de manifiesto la dificultad para detectar cárteles y los efectos, al menos cuantitativos, del programa de clemencia.

³⁶ En una línea parecida, al menos en la primera parte del artículo, se postulan BLUM, STEINAT y VELTINS (2008).

³⁷ STEPHAN (2008), p. 543.

³⁸ STEPHAN (2008), p. 546.

dos cartelizados en los que participaban esas mismas empresas investigadas —entre ellos el cártel múltiple de las vitaminas—³⁹. De los otros ocho casos, cuatro estuvieron relacionados con la industria de la cerveza en distintos países y vinieron propiciados por la colaboración de la asociación empresarial europea.

También hay que observar que, en la mayoría de estos casos, el cártel había fracasado o había sido incapaz de elevar los precios⁴⁰. En este sentido, se podría decir que el programa de *leniency* entra en funcionamiento después de que el mercado haya conseguido o esté a punto de doblegar a los cartelistas.

No obstante todo lo anterior, se reconoce que con la Comunicación de 2002 —extensiva a la Comunicación de 2006, que sigue la misma línea reformadora— se observa una línea más independiente, en cuanto a casos, del programa norteamericano, si bien los incentivos que generan uno y otro programa son desiguales aún⁴¹.

Por eso, debería ser una preocupación importante de las autoridades de la competencia el hecho de que un número importante de casos bajo el programa de *leniency* sigan siendo de cárteles que han fracasado ya o estaban a punto de hacerlo. Según STEPHAN, si se hiciera este uso del programa de *leniency*, es dudoso que simultáneamente pudiera tener un gran impacto disuasorio.

Es decir, las empresas podrían estar utilizando el programa de *leniency* como una forma de descontar el coste de acometer la infracción a la que tendrían que hacer frente, una vez que el juego está a punto de terminar. Por otra parte, el programa de *leniency* sería una forma de que la empresa informante penalice a aquellos que antes eran sus socios pero, ahora, gracias al funcionamiento del mercado, se han convertido de nuevo en sus competidores⁴².

³⁹ Más allá de este hecho, más o menos anecdótico, es relevante observar que donde hay sectores con productos diferenciados o producción multiproducto, el programa de *leniency* produce unas importantes economías de escala para la autoridad de la competencia, a partir de esa inspección o investigación inicial derivada de la declaración voluntaria de alguna o algunas de las compañías cartelizadas.

⁴⁰ STEPHAN (2008), p. 544.

⁴¹ En esta misma línea argumental, se podría decir que el aumento de casos a partir del año 2000 puede ser explicado en razón de acontecimientos económicos y políticos que estuvieron presentes durante ese periodo. Se citan como ejemplo la irrupción de nuevos competidores muy fuertes en los mercados internacionales, sobre todo los procedentes de China. Además de un modificación importante de la demanda, que abandona sectores tradicionales y se sitúa en otros de nueva oferta, más atractivos desde el punto de vista de la tecnología y las preferencias en general.

⁴² El hecho de que la Comunicación de la Comisión Europea de 2002, reiterado en la Comunicación de 2006, abandonara la idea de una desigual responsabilidad en la formación y funcionamiento de los cárteles, es decir, aquellos que en 1996 se denominaron los instigadores del cártel o aquellos que tuvieran un papel determinante en su formación y funcionamiento, obliga a pensar que el interés público de la defensa de la competencia y a más largo plazo el de la disuasión, dominan sobre el interés público de la sanción. Sin embargo, en casos de cárteles en los que hay claro líder que además concentra buena parte de la información y de la toma de decisiones —de un modo centralizado—, la pérdida de esta figura jurídica del instigador supone darle más grados de libertad no solamente para que forme y desarrolle el cártel sino también para que decida el momento y la forma en el que el cártel

A todo ello se añade⁴³ un grave inconveniente, como es el tope impuesto en las sanciones de la Comisión Europea y que se corresponde con el 10 por 100 sobre el volumen total de ingresos del último año del que se tienen datos de la empresa. Esto determina que el nivel de las sanciones en determinados casos pueda no resultar suficiente, con la vista puesta en un objetivo disuasorio más de largo plazo. Sin dejar de lado tampoco que un alto grado de transparencia y predictibilidad tiene que jugar a favor de los programas de *leniency*, pero también se deben evitar derivaciones civiles una vez la empresa reconoce que ha participado en un cártel y entrega pruebas de ello⁴⁴.

6. A MODO DE RESUMEN: HACIA UN MODELO DE PROGRAMA DE CLEMENCIA ÓPTIMO

La literatura teórica apunta en primer lugar hacia escenarios colusorios distintos, generados por la propia actuación de la autoridad de la competencia, a partir de los recursos públicos destinados a esta actividad y de las decisiones que se toman acerca de cómo utilizar esos recursos.

En concreto, hay entornos en los que los programas de *leniency* no son tan necesarios. Se trata de aquellos escenarios donde la probabilidad de que el cártel sea investigado y sancionado es lo suficientemente alta como para que las empresas decidan no coludir y competir en el mercado.

Desde esta perspectiva, la aparición de programas de clemencia se considera como un *second-best*, solamente apropiado para aquellos escenarios en los que la probabilidad de detección e investigación, así como la probabilidad de sanción no son tan altas.

Evidentemente, si las probabilidades por separado no son altas, su producto todavía es menor, por lo que las empresas tienen fuertes incentivos a coludir y esperar, sin colaborar, a que de hecho la autoridad detecte e investigue el cártel. Esto significa que los programas de *leniency* serán muy poco eficaces si se plantea un programa de reducción o exención de multas solamente para aquellos que denuncian su pertenencia a cárteles antes de que la autoridad los haya detectado. Por lo que se plantean programas de *leniency* que es mejor contemplar la posibilidad de reducciones de multas una vez iniciado el procedimiento.

Ahora bien, estos sistemas de reducciones generosas de multas, una vez iniciado el procedimiento sancionador y para un número indeterminado de beneficiarios, pueden generar incentivos a la colusión con colaboración. Como consecuencia de ello, hay una zona de grises en la que ciertos di-

se ha terminado, puesto que muy probablemente en estos esquemas organizativos más centralizados, el instigador o miembro determinante del cártel tiene mucha más información —y mejor— que los demás.

⁴³ STEPHAN (2008), p. 559.

⁴⁴ STEPHAN (2008), p. 560.

seños de programas de clemencia no aseguran una ganancia de bienestar social neto, precisamente por esos incentivos contradictorios que pueden potenciar los programas. Por ejemplo, un excesiva dedicación de recursos a denuncias de cárteles muy inestables o ya desaparecidos que favorecen la posición competitiva del denunciante, pero no la del mercado que ya funciona competitivamente.

Aunque sí queda claro el *shock* que genera el programa de clemencia en la actividad de la autoridad y en los resultados obtenidos. Con el fin de eliminar esos posibles resultados dudosos en términos de bienestar, una parte de la literatura ha desarrollado modelos en los que se contempla la posibilidad de introducir recompensas, más allá de la reducción o la exención de multas. Recompensas para las empresas denunciantes del cártel e incluso recompensas para personas físicas que denuncien su existencia. Junto con el evidente incentivo de sumar a la corriente de beneficios de la empresa que se desvíe del acuerdo de cártel, también se observa el efecto desestabilizador que produciría dentro del mismo.

Por otra parte, la literatura teórica analizada entiende que un primer y único beneficiario del programa asegura en principio un mayor nivel de desestabilización de los cárteles, además de reducir los incentivos a la colusión que produce el sistema de multas reducidas para muchos y una vez iniciado el procedimiento sancionador. Sin embargo, también repara en que la probabilidad de sanción, con los mismos recursos, puede aumentar si se permite que otros beneficiarios vayan completando los elementos de prueba de existencia y funcionamiento del cártel.

Otra variable a tener en cuenta en los programas de *leniency* es la tasa de descuento que manejan las empresas. Dado que altas tasas de descuento generan incentivos a la colusión, hay una relación entre la probabilidad de sancionar el cártel y esa tasa de descuento, de modo que un incremento en la probabilidad obliga a un incremento considerable en la tasa de descuento que justifica la racionalidad económica de coludir y no colaborar. Una conclusión de estas relaciones es que las sucesivas investigaciones a sectores cartelizados dan un nivel mayor de probabilidad de sanción y por tanto aumentan la disuasión. Ahora bien, de ello no se sigue que la política de defensa de la competencia tenga que concentrar sus recursos en estos sectores, porque una política de elevar el nivel de probabilidad de detección y sanción general en un proporción menor que la sectorial puede incrementar notablemente el nivel de disuasión, dada la tasa de descuento crítica más alta a la que se enfrentan todos y cada uno de los sectores cuando se plantean la colusión.

Finalmente, la literatura empírica ha puesto de manifiesto que las normas legales aplicadas pueden alejar los programas de *leniency* de lo que sería su modelo óptimo. Por supuesto, no existe posibilidad de recompensa, por lo que los modelos se sitúan en el territorio de la reducción o la exención de multas. Sin embargo, la aplicación del principio de proporcionalidad y la configuración de los sistemas sancionadores como sistemas de disuasión y no de retribución, introducen cláusulas que alejan los programas

de *leniency* de conceptos como multa disuasoria, limitando su importe a un porcentaje de los ingresos totales del último ejercicio, lo que puede dejar sin conexión este importe y el resultado ilícito obtenido, por muy bajo que sea el valor de probabilidad.

De hecho, la revisión de esta literatura permite subrayar también la posibilidad de que un mal diseño lleve a que el programa de *leniency* solamente sea efectivo para anticipar la caída de aquellos cárteles que, por inestables, el mercado acabaría con ellos en un corto plazo.

Se trataría en este caso de un juego que no está claro que alterase el resultado final en términos de bienestar general, puesto que se crearía cierta rigidez en relación con el número de cárteles por descubrir y los cárteles descubiertos, que serían cárteles no muy sólidos, con menor margen para elevar los precios por encima del nivel de competencia o incapaces de establecer condiciones comerciales al margen de las posibles reacciones de los mercados en los que están incursos.

En última instancia, podría ocurrir que, aun logrando un nivel de disuasión aparente, por el número de casos, los programas de clemencia no fueran capaces de aumentar el bienestar general de forma notoria, objetivo último de la lucha contra los cárteles o contra cualquier tipo de práctica empresarial contraria a la libre competencia.

Esto tiene un interés añadido, puesto que cuando la autoridad percibe un aumento de trabajo por las denuncias de cárteles, por mor del programa de clemencia, obtiene mejores resultados que antes. Pero si el presupuesto tiende a mantenerse o a reducirse, puede ocurrir que el esfuerzo investigador, más allá de las denuncias al amparo del programa de *leniency*, también se reduzca. Con lo que no solamente se refuerza la colusión existente en los cárteles más estables, sino que al reducirse la probabilidad de ser sancionados, incluso con aumento de las multas, aparecen incentivos a la colusión de otros grupos de competidores que antes no justificaban la constitución de un cártel. Por consiguiente, como se señalaba anteriormente, los programas de *leniency* podrían estar favoreciendo solamente la denuncia de cárteles de por sí inestables, pero no de aquellos más dañinos para el bienestar general. Es decir, aquellos que consiguen una organización y unos *mark-ups* tan importantes que no quedan afectados por los programas de clemencia y sí por un menor esfuerzo investigador por parte de la autoridad.

En definitiva, la cuestión más relevante no es que los programas de clemencia estén propiciando que salgan a la luz más cárteles que antes de su existencia. Lo verdaderamente importante es saber el tipo de cártel que sale a la luz a partir de un determinado diseño de los programas de clemencia. Por deducción, también sería importante saber cuáles, a su amparo, podrían estabilizarse más, cuestión no obstante muy dudosa de poder ser averiguada en toda su extensión.

BIBLIOGRAFÍA

- ATHEY, S., y BAGWELL, K. (2001): «Optimal Collusion With Private Information», *RAND Journal of Economics*, 32, pp. 428-465.
- AUBERT, C.; REY, P., y KOVACIC, W. E. (2006): «The impact of leniency and whistle-blowing programs on cartels», *International Journal of Industrial Organization*, 24, pp. 1241 a 1266.
- BUCCIROSSI, P., y SPAGNOLO, G. (2006): «Leniency policy and illegal transactions», *Journal of Public Economics*, 90, pp. 1281-1297.
- BECKER, G. (1968): «Crime and punishment: An economic approach», *Journal of Political Economy*, 76 (2), 169-217.
- BIGONI, M.; FRIDOLFSSON, S-O.; LE QOQ, Ch., y SPAGNOLO, G. (2012): «Fines, leniency, and rewards in antitrust», *RAND Journal of Economics*, 42, 2, pp. 368-390.
- BLUM, U.; STEINAT, N., y VELTINS, M. (2008): «On the rationale of leniency programs: a game theoretical analysis», *European Journal of Law and Economics*, 25, pp. 209-229.
- BRENNER, S. (2009): «An empirical study of the European corporate leniency program», *International Journal of Industrial Organization*, 27, pp. 639-645.
- BRYANT, P. G., y ECKARD, E. W. (1991): «Price fixing: the probability of getting caught», *The Review of Economics and Statistics*, 73, pp. 531-536.
- COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA (2012): *Resolución Expediente S/0287/10, Postensado y Geotecnia*, de 2 de agosto de 2012, Madrid.
- DE ROSS, N. (2006): «Examining models of collusion: the case of lysine», *International Journal of Industrial Organization*, 24, pp. 1083-1107.
- HAMAGUCHI, Y.; KAWAGOE, T., y SHIBATA, A. (2009): «Groups side effects on cartel formation and the enforcement power of leniency programs», *International Journal of Industrial Organization*, 27, pp. 145-165.
- HARRINGTON JR., J. E. (2004): «Cartel pricing dynamics in the presence of an anti-trust authority», *RAND Journal of Economics* 35(4), pp. 651-673.
- HINLOOPEN, J. (2006): «Internal cartel stability with time-dependent detection probabilities», *International Journal of Industrial Organization*, 24, pp. 1213-1229.
- MOTTA, M., y POLO, M. (2003): «Leniency programs and cartel prosecution», *International Journal of Industrial Organization*, 21, pp. 347-379.
- SPAGNOLO, G. (2000): *Optimal Leniency Programs*. Nota di Lavoro 42.2000, Fondazione ENI Enrico Mattei, Milán.
- STEPHAN, A. (2008): «An Empirical Assessment of the European Leniency Notice», *Journal of Competition Law and Economics*, 5 (3), pp. 537-561.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA (CNMC): FAQ

Carlos PADRÓS REIG

Profesor Titular de Derecho Administrativo
y de Derecho Europeo
Universitat Autònoma de Barcelona

1. INTRODUCCIÓN

Para cualquier observador del Derecho contemporáneo resulta evidente la enorme complejidad del ordenamiento jurídico y la proliferación incontrolada de leyes y normas. Lo que hace un tiempo constituía un conjunto armónico de reglas más o menos básicas se ha convertido en la actualidad en un gran magma de normas de distinto rango, procedencia, fundamento y objetivos¹. Toda reforma se confía a la aprobación normativa, despreciando otros elementos más propios de las dinámicas de organización administrativa, de medios humanos y materiales para la aplicación o de evaluación de resultados de las políticas. Este podría ser el caso que se suscita con la reciente aprobación de la Ley 3/2013 de 4 de junio de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Apenas empezada a aplicar en todos sus elementos la Ley 15/2007 de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, las Cortes Generales aprueban hoy una ley que viene a derogar y sustituir el anterior modelo.

No se trata evidentemente de defender el inmovilismo y la petrificación de los ordenamientos. Sin embargo, los cambios deberían restringirse a aquellos casos donde la mejora es de tal entidad que compensa los costes de la deriva normativa². La nueva Ley 3/2013, a diferencia de la anterior

¹ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*. Madrid, Civitas, 1999. Igualmente nuestro trabajo, C. PADRÓS REIG, «Producción legislativa, estructura parlamentaria y cambio político en España: un análisis cuantitativo», *Revista de las Cortes Generales*, núm. 78, 2010.

² En relación con la reforma, se ha dicho que «Es una nueva manifestación de la funesta manía de la política española de querer comenzar de cero. En vez de tratar de mejorar lo existente, nuestros políticos tienen tendencia a empezar de nuevo para dejar su impronta [...]. No se deben cambiar las cosas que funcionan. Nuestros organismos reguladores se han consolidado y funcionan relativamente bien. En todo caso, deben hacerse ajustes para mejorar su funcionamiento y composición», A. COSTAS, «Una fusión explosiva», *El País*, 3 de marzo de 2013.

15/2007, no ha contado con un proceso de participación abierto y —casi podríamos decir— ejemplar, mediante la propuesta de reforma en un libro blanco y la discusión de aportaciones de técnicos y operadores jurídicos en materia de defensa de la competencia y regulación de mercados³. El proceso que culminó en 2007 con la aprobación de la Ley fue a la vez excepcional y extraordinario. Tampoco la tramitación parlamentaria actual es digna de especial mención y el dilatado paso del texto por el Congreso se explica más por las dudas internas del Gobierno que por la incorporación de las aportaciones fruto de los trabajos parlamentarios. La votación final de la Ley arroja sólo el voto afirmativo de la mayoría gubernamental.

Proponemos para la estructuración del presente estudio, plantear una serie de cuestiones (*FAQ*) a nuestro juicio fundamentales para entender la reforma más que realizar un comentario exegético de los preceptos de la nueva Ley.

En su visión general, la Ley 3/2013, se gesta con algunos elementos contextuales que pueden interferir el debate técnico. En primer lugar, en febrero de 2012 aparece a la luz el Informe de la consultora PWC encargado por la empresa Telefónica con el título *Modelo organizativo de las autoridades nacionales de regulación y competencia en España*. La aparición del Informe coincide con la recepción por parte del Consejo de Ministros del Informe sobre el Proyecto de Ley y contiene alguna de sus líneas maestras. Sorprende pues, poderosamente, la coincidencia de intereses entre una gran corporación como Telefónica y el inicio de la actividad normativa. Obviamente, nada impide la alineación de intereses entre el sector privado y el gobierno si con ello se defiende mejor al interés general.

En segundo lugar, la reforma propuesta inicialmente suscita las reticencias de la Comisión Europea, quien incluso amaga con someter a España a un procedimiento de incumplimiento del Derecho comunitario. Efectivamente, en la carta de la Vicepresidenta Neelie Kroes dirigida al Ministro de Industria de fecha 11 de febrero de 2013, la alta representante europea expresa su preocupación por lo que considera que podría suponer «debilitar la independencia de las Autoridades Nacionales Reguladoras, además de planear una importante transferencia de competencias normalmente ejercidas por dichas autoridades independientes del poder ejecutivo». Efectivamente, la independencia del regulador constituye un principio regulatorio a la vez que una obligación jurídica de los Estados miembros en la UE y con el proyecto analizado se podría poner en peligro la existencia de una regulación efectiva e imparcial. Por tanto, pese a la apelación que se hace en el Preámbulo del texto finalmente aprobado a la existencia de modelos comparados, lo cierto es que el proceso ha sido objeto de críticas exteriores nada despreciables. Y las dudas de la Comisión ponen en alerta a cualquiera en el plano de relación entre ordenamiento comunitario y ordenamiento nacional.

³ Véanse las críticas vertidas por el Consejo de Estado en el Dictamen del Anteproyecto. Dictamen 870/2012 de 13 de septiembre de 2012. Igualmente A. PETITBÓ, «Un horizonte nuevo para la competencia y la regulación», *Anuario de la Competencia 2011-2012*. ICO-Servicio de Publicaciones de la UAB, 2012.

En tercer lugar, la cuestión de fondo (fusionar a los varios reguladores sectoriales y a éstos con la autoridad de defensa de la competencia) se puede aprovechar como excusa para sacar de las actuales comisiones a los consejeros que fueron nombrados en época anterior al actual gobierno y por ello, se perciben como no afines. Se trata de la conocida táctica de talar el bosque para conseguir cobrar la pieza de caza. No parece haber ninguna razón objetiva para proceder a la reforma con extrema celeridad y el régimen transitorio contenido en la DA 2.^a de la Ley confirma los temores que suscitaría la utilización desviada de la reforma normativa.

Por todo ello, la aparición de la Ley 3/2013 viene envuelta de cierta polémica siempre perturbadora y que en nada ayuda a la mejora normativa. Así las cosas, el comentarista jurídico debe centrar su análisis en las disposiciones legales aprobadas y en el contexto de las mismas. Formalmente, la Ley presenta 39 artículos, 18 Disposiciones adicionales, 10 transitorias y 11 finales. Por la propia dimensión numérica puede apreciarse cómo el legislador confiere casi igual importancia al impacto de la Ley sobre otras normativas, así como a la regulación del régimen transitorio que al propio articulado de la nueva Ley. La Ley dedica básicamente sus artículos a abordar la configuración legal de la nueva CNMC: naturaleza; composición y funciones; potestades y rendición de cuentas. A su vez, reforma o deroga preceptos de varias leyes sectoriales⁴.

De hecho, se trataría de una ley organizativa que redefine la Administración Pública encargada de funciones tan cruciales en los mercados liberalizados como es la regulación de los sectores y la defensa de la libre y leal competencia. No se trata de una Ley material, en el sentido de abordar cuestiones de fondo, sino de una ley para mejorar la aplicación administrativa de la regulación sectorial. A pesar de ello, la nueva organización presenta elementos que influyen e interfieren en la regulación de fondo (por ejemplo la devolución de algunas competencias reguladoras a los Ministerios).

2. FAQ

A. ¿ES LA NUEVA CNMC MÁS INDEPENDIENTE?

Entre la doctrina que ha estudiado el tema de la configuración de las agencias reguladoras independientes existe un notable consenso acerca de la necesidad de que las mismas gocen de independencia respecto del poder

⁴ Se modifican para adaptarlas al nuevo texto la Ley 29/1998 de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y la Ley 6/1997, de 17 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado. Más significativos son los cambios en la regulación sectorial que afectan a la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos; la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico; la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones; la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario; la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia; la Ley 23/2007, de 8 de octubre, de creación de la Comisión Nacional del Sector Postal; la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual; la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible; la Ley 13/2011, de 27 de mayo, de Regulación del Juego; y la Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea.

político y respecto de las empresas del sector que regulan⁵. Los reguladores gozan de una legitimidad técnica más allá de la representatividad política y su existencia se justifica precisamente por la necesidad de aislar decisiones regulatorias del debate partidista. De este modo, podemos asumir la premisa de que cuanto más independiente sea el regulador, mejor⁶. El propio Preámbulo de la Ley 3/2013 establece que la complejidad técnica justifica que las autoridades reguladoras tengan unos criterios de actuación «eminente técnico y ajenos a cualquier otro tipo de motivación». Pero medir el grado de independencia de un organismo es siempre una operación compleja en la que entran en juego muchos factores: nombramiento y mandato de los consejeros; capacidad regulatoria, independencia financiera, rendición de cuentas, etcétera⁷.

La CNMC cuenta básicamente con dos órganos rectores: el Presidente y el Consejo. El Presidente, así como el Vicepresidente, se eligen por parte del Gobierno con los mismos requisitos que los ocho miembros restantes del Consejo. Se nombran por Real Decreto y se somete su nombramiento a una comparecencia parlamentaria. La Comisión correspondiente del Congreso puede ejercer veto sobre los nombramientos por mayoría absoluta. Dicho en otras palabras, el Parlamento tiene solo un poder reactivo frente a los nombramientos gubernamentales. Se incluye la cláusula —que casi puede calificarse de estilo— respecto a que los candidatos deben contar con «reconocido prestigio y experiencia profesional»⁸. También resulta destacable cómo los consejeros tienen la consideración de altos cargos de la Administración General del Estado. Existe una disposición específica con respecto al deber de independencia y actuación imparcial (art. 24), que se exige, sin embargo, solamente a los «empleados» (sic) de la CNMC.

⁵ Véanse tanto el proyecto INDIREG «Indicators for independence and efficient functioning of audiovisual media services regulatory bodies - a study conducted on behalf of the European Commission», cuyo informe final fue presentado en noviembre de 2011 (disponible en www.indireg.eu) como el estudio OCDE, «Designing independent and accountable regulatory authorities for high quality regulation», Proceedings of an Expert Meeting in London, United Kingdom, 10-11 January 2005.

⁶ J. M. SALA ARQUER, «El Estado neutral. Contribución al estudio de las Administraciones Independientes», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 42, 1984; G. MAJONE, *Regulating Europe*, London, Routledge, 1996.

⁷ Existen varios estudios doctrinales que intentan objetivar el grado de independencia de las agencias reguladoras: F. GILARDI, *Delegation in the Regulatory State: Independent Regulatory Agencies in Western Europe*, Edward Elgar Publishing, 2008; LARSEN, et al., «Independent regulatory authorities in Europe», disponible en <http://sessa.eu.com/documents/wp/D73.1-Larsen.pdf>; J. STERN, «Effective utility regulation and independent regulation: what makes an independent regulator independent?», *Business Strategy Review*, vol. 8 (2), June 1997; MONTOYA y TRILLAS, «The Measurement of Regulatory independence in practice: Latin America and the Caribbean», *International Journal of Public Policy*, vol. 4 (1-2), 2009.

⁸ Sobre las insuficiencias del modelo, cfr. E. MALARET GARCÍA, «Administración pública y Regulación Económica», en *Actas del II Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, Santander, 2-3 de febrero de 2007, Thomson Aranzadi, 2007. «Hasta la fecha, la legislación ha establecido los requisitos personales pero seguramente no ha acertado en el diseño de las reglas procedimentales y sustanciales propias de un quehacer de los poderes públicos coherente con los postulados constitucionales. Y en este contexto, la motivación de la decisión cobra una gran trascendencia», p. 151.

Si comparamos la actual regulación con la contenida en la Ley 15/2007, podemos afirmar el mantenimiento de los principios de independencia y objetividad. Efectivamente la elección de los miembros de la extinta CNC se realizaba igualmente por designación gubernamental una vez oída la Comisión de Economía del Congreso (art. 31). Nada se establecía, pues, respecto a la posibilidad de veto del Congreso, que ni tan siquiera procedía a la votación. Con la regulación actual, se prevé la posibilidad de declaración de inidoneidad de los candidatos (acuerdo por mayoría absoluta).

El mandato de los miembros de la CNMC será de seis años no renovables, con lo cual se separa el ciclo político de la elección de los miembros. Se establecen requisitos de independencia tanto a priori como un periodo de «*cool off*» una vez abandonado el cargo. Los miembros CNMC que «hayan prestado servicios profesionales en entidades de un mercado o sector en el que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ejerce su supervisión, deberán notificar al Consejo cualquier derecho o facultad, cualquiera que sea su denominación, a reserva o recuperación de las relaciones profesionales, a indemnizaciones o a cualesquiera ventajas de contenido patrimonial» (art. 24.1). Igualmente, «durante los dos años posteriores a su cese, el Presidente, el Vicepresidente y los consejeros no podrán ejercer actividad profesional privada alguna relacionada con los sectores regulados y la actividad de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.» (art. 22.4).

Al limitarse el mandato a seis años sin posibilidad de renovación, existe el riesgo de la llamada «*revolving door*» donde los consejeros puedan terminar favoreciendo determinadas empresas con vistas a su colocación en el futuro una vez agotado su breve mandato. Para ello se establece el periodo de «*cool off*» de dos años entre el régimen de incompatibilidades. Finalmente, los miembros del Consejo no podrán asumir funciones ejecutivas o de dirección en áreas concretas de la CNMC. Con ello se intentaría también garantizar una cierta separación entre órganos rectores y personal directivo.

Las causas de cese son esencialmente iguales a las existentes en 2007, con un mayor énfasis en las causas de cese debidas a los conflictos de intereses y deber de reserva.

Pero la CNMC viene a sustituir no solo a la CNC sino de manera mucho más amplia, a agrupar en un único regulador varios reguladores sectoriales. De ello podemos extraer el cuadro resumen de la página siguiente.

La diversidad inicial de composición y mandato de los organismos reguladores se uniformizó mediante la Ley de Economía Sostenible (Ley 2/2011 de 4 de marzo). Efectivamente, dicho instrumento legal equiparó el nombramiento, composición y funcionamiento de los llamados reguladores sectoriales (*expressis verbis* en la Ley: CNE, CMT y CNSP) A la CNC se le aplican algunas disposiciones de la Ley 2/2011 a pesar de no calificarse como organismo regulador. Modificaciones posteriores a la Ley añadieron

	Núm.	Nombra- miento	Parlamento	Mandato	Renova- ción	Cuaren- tena
CNC	6	Gobierno	Consulta	6 años	No	2 años
CNE	6	Gobierno	Consulta	6 años	No	2 años
CMT	6	Gobierno	Consulta	6 años	No	2 años
CRFER	6	Gobierno	Sin intervención	6 años	No	No
CNSP	7	Gobierno	Comparecencia	6 años	Una vez	2 años
CNJ	7	Gobierno	Comparecencia	6 años	No	No
CREA	3	Gobierno	Sin intervención	n/d	n/d	n/d
CEMA	7	Parlamento	3/5 o mayoría absoluta	n/d	n/d	n/d

la Comisión Nacional del Juego y la Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria también como organismos reguladores⁹.

La CNC nunca ha sido considerada en propiedad un organismo regulador (puesto que es una autoridad independiente en materia de defensa de la competencia, que más que regular un sector vigila el cumplimiento transversal e intersectorial de los principios legales de libre mercado). Tampoco el Comité de Regulación Ferroviaria (órgano colegiado adscrito al Ministerio de Fomento)¹⁰. Y menos aún, el nonato Consejo Estatal de Medios Audiovisuales, caracterizado más como una administración independiente («organismos públicos a los que se reconoce expresamente por una Ley la independencia funcional o una especial autonomía respecto de la Administración General del Estado», según dicción de la DA 10.^a de la Ley 6/1997, LOFAGE)¹¹. De este modo, por virtud de la propia reforma operada en 2011, se separa propiamente entre organismos reguladores y CNC, de un lado; y entre organismos reguladores y otros (CRFER y CEMA)¹².

De este modo, la valoración del grado de independencia formal de cada uno de los organismos preexistentes puede ser muy distinta. Para los reguladores sectoriales (energía, telecomunicaciones, postal y juego), puede que

⁹ Entre la aprobación de la Ley de Economía Sostenible (marzo de 2011) y su derogación parcial (junio de 2013), se cuentan hasta 9 versiones modificadas parcialmente de la misma. Este ritmo de reforma demuestra la alocada dinámica reformadora de nuestro sistema jurídico que poníamos de manifiesto en la introducción.

¹⁰ Sobre la falta de independencia de la Administración ferroviaria española y el consecuente incumplimiento del Derecho comunitario, véase, C. PADRÓS REIG, «Liberalización económica y transformación de la Administración pública: el caso del ferrocarril en la jurisprudencia reciente del TJUE», en *Revista de Derecho del Transporte*, núm. 12, 2013.

¹¹ Al respecto y poniendo de manifiesto las insuficiencias del modelo español, cfr. C. PADRÓS REIG, «Las características de la Administración pública reguladora del sector audiovisual», *Administración y Justicia: un análisis jurisprudencial. Liber Amicorum al Profesor T. R. Fernández Rodríguez*, Madrid, Civitas, Madrid, 2012.

¹² El Consejo de Estado ya advertía en su Dictamen a propósito de la Ley 2/2011, de Economía Sostenible sobre la impertinencia de reducir a un solo modelo la diversidad de reguladores. Véase Dictamen núm. 215/2010.

no exista una variación excesiva. Para la CNC, en cambio, se pasa de una verdadera administración independiente a un organismo regulador (aunque el nombramiento y mandato no difieren demasiado). Para el regulador ferroviario se daría un aumento de la independencia formal y funcional, mientras que para el regulador audiovisual (inexistente en la actualidad), el modelo organizativo supondría un claro retroceso (de elección parlamentaria a nombramiento gubernamental).

A lo anterior, de todos modos, debe añadirse el principio de especialización. Si pensamos en un Consejo relativamente reducido (10 miembros), encargados de dilucidar aspectos extremadamente complejos de una variopinta regulación sectorial, resultará que el Consejo deberá, en la mayoría de los casos asumir como suya la propuesta hecha por parte de las direcciones sectoriales¹³. Una especie de motivación «*in allunde*» por razones exclusivamente de competencia técnica. De este modo, los anteriores consejeros expertos en energía de la CNE o en telecomunicaciones de la CMT, pasarán a ser expertos generalistas que deberán apoyarse en técnicos cuyo nombramiento no responde a ninguna exigencia de independencia o aprobación parlamentaria.

Con todo ello se quiere indicar que la independencia formal es solo uno de los elementos a tener en cuenta en la caracterización general del organismo administrativo. No cabe duda de que la dicción de la nueva Ley define la CNMC como «organismo público de los previstos en la DA 10.^a de la LOFAGE» que actúa «con autonomía orgánica y funcional y plena independencia del gobierno y de las Administraciones públicas». Además, se prohíbe a sus miembros solicitar o aceptar instrucciones de ninguna entidad pública o privada. Si reparamos en la dicción literal, el legislador se cuida mucho de etiquetar su naturaleza jurídica como «administración independiente» o «autoridad independiente». Si se comparan los términos con, por ejemplo, la Comisión Nacional del Mercado de Valores, el Consejo de Seguridad Nuclear, el Banco de España, la Agencia Española de Protección de Datos, entre otros, resulta claro que no hablamos exactamente de la misma naturaleza. Dicho en otras palabras, la antigua dicción de la LOFAGE recoge los mismos organismos que ahora se agrupan bajo la estructura común de la Comisión Nacional del Mercado y la Competencia. A pesar de ello, sus funciones habrán quedado seriamente mermadas.

¹³ El art. 25 relativo a los órganos de dirección, prevé la existencia de cuatro direcciones de instrucción que ejercen sus competencias sin dependencia del Consejo:

a) La Dirección de Competencia, a la que le corresponderá la instrucción de los expedientes relativos a las funciones previstas en el art. 5 de esta Ley.

b) La Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual, a la que corresponderá la instrucción de los expedientes relativos a las funciones previstas en los arts. 6, 9 y 12.1.a) y e) de esta Ley.

c) La Dirección de Energía, a la que corresponderá la instrucción de los expedientes relativos a las funciones previstas en los arts. 7 y 12.1.b) de esta Ley.

d) La Dirección de Transportes y del Sector Postal, a la que corresponderá la instrucción de los expedientes relativos a las funciones previstas en los arts. 8, 10, 11 y 12.1.c), d) y f) de esta Ley.

Sorprendentemente, nada se dice del sector del juego que parece quedar en tierra de nadie.

Pero todo el debate jurídico esconde uno más profundo que ya habíamos tenido ocasión de poner de manifiesto en otro lugar. La relativa flexibilidad de las naturalezas y los regímenes legales de los organismos con respecto a la independencia real de los mismos. Dicho en otras palabras, como indica el *Global Competition Forum* de la OCDE, «dado que existen diferentes modelos potencialmente eficientes para implementar la política de defensa de la competencia, cada uno de ellos encajando mejor en una jurisdicción o economía, la aplicación práctica del modelo elegido determina o contribuye a determinar en gran medida los parámetros de eficiencia, transparencia y seguridad jurídica. Muchos de estos aspectos no tienen una conexión directa con el diseño institucional sino con el estilo administrativo (*enforcement style*) de las instituciones de defensa de la competencia»¹⁴.

Lo mismo que argumenta la OCDE para la defensa de la competencia, ha de poder extrapolarse a cualquiera de los organismos reguladores. Existen multitud de modos de articular la independencia de las autoridades reguladoras respecto de los intereses coyunturales del gobierno. Pero todo ello se basa fuertemente en una cultura administrativa más que en las previsiones legales. Instituciones con gran capacidad técnica, autonomía presupuestaria, capacidad autónoma para elaborar planes de actuación y rendir cuenta de los mismos ante los parlamentos son verdaderamente independientes. Por contra, órganos administrativos politizados, sobrecargados de trabajo e infradotados de medios económicos y personales no podrán nunca gozar de independencia, por más que se la atribuya el ordenamiento legal. A pesar de ello, la nueva andadura de la CNMC dependerá fuertemente de las personas elegidas por el gobierno para ocupar su Consejo¹⁵.

Además, no parece evidente la afirmación contenida en la nota de prensa emitida por el Gobierno el 24 de febrero de 2012 donde se detalla entre las razones del cambio, «el incremento de la calidad reguladora que vendrá determinado por la mayor independencia y neutralidad del organismo»¹⁶. Ni tampoco la justificación del sistema de nombramiento para «reforzar la legitimidad democrática de la Comisión». En este sentido, se ha afirmado con razón que «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 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

¹⁴ OCDE Global Forum on Competition, «*The objectives of competition law and policy and the optimal design of a competition agency. Spain*», Documento CCNM/GF/COMP/WD(2003)28. Citado en C. PADRÓS REIG, «El marco institucional de la defensa de la competencia», en J. MAILLO GONZÁLEZ-ORUS y J. M. BENEYTO, *Comentarios a la Ley de Defensa de la Competencia*, Barcelona, Bosch, 2008

¹⁵ A modo de ejemplo pesimista sobre la deriva de nuestra cultura de *enforcement* administrativo e independencia institucional, véase la reciente renovación de órganos de relevancia constitucional o la hasta ahora inédita elección de un perfil claramente político para ocupar la presidencia de la CNMV.

¹⁶ «Informe sobre la reforma de los organismos supervisores», 24 de febrero de 2012. Disponible en www.lamoncloa.gob.es.

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 a la vida de las empresas y los derechos de los consumidores. Todo ello con independencia del poder político»¹⁷.

B. ¿DISPONE LA CNMC DE NUEVAS Y MÁS POTENTES HERRAMIENTAS?

La tarea de un macrorregulador sectorial unido a la defensa de la competencia transversal en todos los sectores producto de la liberalización económica requiere de un esfuerzo considerable de medios y recursos. Se trata de recrear mercados donde no existían tradicionalmente y de mantener activa la vigilancia de su correcto funcionamiento. Tanto por la dimensión de los operadores posmonopolistas como por la propia existencia de infraestructuras en red, el mercado tiende a su concentración oligopolística.

Este elemento, la creación y el buen funcionamiento de los mercados de servicios de interés general, constituye un elemento clave en la liberalización. Si con el paradigma anterior a la desmonopolización y la liberalización, la garantía de las prestación residía precisamente en la presencia pública en la propiedad de alguno de los operadores (el Estado garante de la prestación), con la nueva situación jurídico-económica, el mercado es precisamente el mecanismo administrativo que ha de garantizar el servicio a los ciudadanos. Si comparamos el mercado de la telefonía fija (posmonopolista) con el de la telefonía móvil (desde su nacimiento como libre mercado), resulta que la garantía de la prestación del primero era el operador público, mientras que para el segundo las fuerzas del libre mercado están llamadas a garantizar que siempre pueda entrar un operador a prestar el servicio. La fuerza competitiva de la oferta y la demanda y la expectativa de rentabilidad para el operador funcionan como mecanismo de garantía de provisión. Por ello, velar por el correcto y normal desarrollo del mercado de servicios de interés general constituye una responsabilidad de primer orden para el nuevo Derecho administrativo.

Dicho lo anterior, cabe preguntarse: ¿cómo configura la Ley 3/2013 los poderes de la nueva CNMC? Se trata de un organismo tanto de supervisión, como de autorización de entrada, como de regulación del funcionamiento, como de represión de aquellas conductas que sean ilegales en virtud de la normativa material contenida en la Ley 15/2007 y en el equivalente en Derecho europeo.

¹⁷ A. PETITBÓ, «Un horizonte nuevo para la competencia y la regulación», *Anuario de la Competencia 2011-2012*. ICO-Servicio de Publicaciones de la UAB, 2012, p. 101. Hay que discrepar sin embargo sobre la necesaria legitimidad democrática de los organismos reguladores. Si bien toman decisiones altamente trascendentales su legitimidad es precisamente técnica y por ello deben responder ante la sociedad.

La técnica legislativa utilizada para regular las funciones de la CNMC deja bastantes dudas sobre la propia integración de los sectores individualmente considerados dentro de la nueva arquitectura institucional. Dicho en otras palabras, se mantiene a nivel de regulación de las funciones la separación que la misma Ley pretende evitar. Incluso se llega a la paradoja de la misma excepción contemplada en el art. 5.3 cuando se establece que «Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados 1 y 2, en los mercados de comunicaciones electrónicas y comunicación audiovisual, en el sector eléctrico y en el sector de gas natural, en el sector ferroviario, en materia de tarifas aeroportuarias y el mercado postal, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia estará a lo dispuesto en los arts. 6 a 11 de esta Ley». En otras palabras, sin perjuicio de las funciones generales de competencia de la CNMC en los sectores, prevalece su regulación específica (excepto para el juego, que no se entiende por qué razón queda excluida de esta especie de principio de *lex specialis*).

De este modo, se dedican los arts. 5 y siguientes a la regulación de las funciones necesarias para preservar y promover la efectiva competencia en los mercados, siguiendo este esquema:

- Art. 5.1. Funciones de competencia.
- Art. 6. Supervisión y control del mercado de comunicaciones electrónicas.
- Art. 7. Supervisión y control en el sector eléctrico y en el sector del gas.
- Art. 8. Supervisión y control del mercado postal.
- Art. 9. Supervisión y control del mercado de comunicación audiovisual.
- Art. 10. Supervisión y control en materia de tarifas aeroportuarias.

Se produce, pues, una nueva diversidad de funciones dependiendo del sector que se observe. Se mantienen con carácter general las potestades que la Ley 15/2007 otorgaba a la CNC (incluida la legitimación para impugnar ante la jurisdicción actos de las Administraciones Públicas de los que se deriven obstáculos a la competencia). Hay que recordar también que la derogación de la Ley 15/2007 afecta, en el plano institucional, al Título III (más los arts. 12 y 17), pero también al art. 40 que regulaba la Facultad de Inspección (ahora sustituido por el nuevo art. 27 de la Ley 3/2013). La regulación es, en este aspecto, sustancialmente idéntica, excepto en la referencia explícita a que los inspectores de la CNMC que tengan la condición de agentes de la autoridad deberán ser funcionarios de carrera. Se mantiene igual el régimen de autorización judicial de entrada y la utilización de la información obtenida. Sí, en cambio, aparece una mayor extensión en cuanto al objeto de la inspección (no sólo locales y libros, sino también elementos afectos a la actividad o las redes que se instalen o exploten y programas informáticos). Los inspectores documentarán las actuaciones en actas que tienen naturaleza de documentos públicos y su contenido se presume «*iuris tantum*» cierto.

Pero más allá de las potestades inspectoras, hay que reparar en cómo la CNMC agrupa un gran número de funciones que constituyen un verdadero repertorio de Derecho administrativo:

- Funciones consultivas y de informe (art. 5.2).
- Potestad sancionadora (art. 29).
- Potestad normativa (art. 30 sobre circulares y comunicaciones)¹⁸.
- Potestad inspectora (art. 27).
- Función arbitral (art. 12 sobre resolución de conflictos y aplicación de la Ley 60/2003).
- Función autorizatoria.
- Potestades de defensa del consumidor¹⁹.
- Potestad tarifaria (supervisión respecto a cánones y tarifas aeroportuarias).
- Función de vigilancia del cumplimiento de las misiones de servicio público encomendadas por la Ley 7/2010.

Finalmente, resulta destacable la cláusula de competencia residual a favor de la CNMC contenida en la DA 5.ª, por la cual las competencias recogidas en la legislación sectorial y no atribuidas por la Ley 3/2013 expresamente a departamentos ministeriales, corresponderán a la Comisión²⁰.

¹⁸ «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», A. PETIBÓ, «Un horizonte nuevo para la competencia y la regulación», *Anuario de la Competencia 2011-2012*. ICO-Servicio de Publicaciones de la UAB, 2012, p. 97. Esta cuestión, sin embargo, no constituye propiamente una novedad ni respecto de la CNC ni de los reguladores sectoriales. Sobre la cuestión véase nuestro trabajo, C. PADRÓS REIG, «Objetividad, predictibilidad y determinación normativa. Los poderes normativos “ad extra” de las autoridades de defensa de la competencia en el control de los cárteles», Universidad San Pablo CEU. Instituto Universitario de Estudios Europeos - Centro de política de la competencia. Documento de trabajo, Serie política de la competencia, núm. 38/2013.

¹⁹ Hay quien opina que la reforma es una oportunidad perdida para haber fusionado también dentro de la CNMC al Instituto Nacional de Consumo. Cfr. A. PETIBÓ, «Un horizonte nuevo para la competencia y la regulación», *Anuario de la Competencia 2011-2012*, ICO-Servicio de Publicaciones de la UAB, 2012, p. 88.

²⁰ Con ello se salvarían algunas de las lagunas detectadas en el Informe del Consejo de la Comisión Nacional de Sector Postal de 13 de marzo de 2012 a propósito del Anteproyecto. El Consejo de Estado se muestra crítico con este aspecto: «la cláusula residual de competencia se establece hoy en favor de la CNMC y no de los departamentos ministeriales, como sucedía en las primeras versiones, precisión que se estima elemental e imprescindible para salvaguardar la independencia del regulador en el ejercicio de estas funciones; así, reza la disposición adicional quinta: «Las competencias que las normas vigentes atribuyen a los organismos que se extingan cuando se constituya la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia y que esta ley no haya atribuido expresamente a los departamentos competentes de la Administración General del Estado serán ejercidas por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia». Pero con ello no quedan solventados los problemas en lo que atañe al nuevo reparto de competencias, pues subsiste principalmente un problema de inseguridad jurídica en la definición de ciertas funciones, junto a algunas competencias concretas que se estima deberían atribuirse de forma específica a la CNMC. Por lo que hace a la primera cuestión, si ya de por sí el sistema del anteproyecto es abierto e inseguro (en el sentido de que conviven las funciones actualmente atribuidas a los reguladores, junto con las expresamente concedidas a la CNMC y las previstas en favor de los ministerios), la dificultad es mayor porque las cláusulas residuales que otorgan

C. ¿LA FUSIÓN DE LOS REGULADORES, IMPLICA UNA RACIONALIZACIÓN ECONÓMICA Y POR ELLO UN AHORRO EN RECURSOS PÚBLICOS?

Este argumento —racionalización administrativa y reducción del gasto— constituye un verdadero *leitmotiv* de las reformas administrativas que aparecen en estos momentos en España. Se trata de conseguir a la vez que la simplificación administrativa, una eficacia en la gestión de los recursos públicos, evitando duplicidades y aprovechando economías de escala. El razonamiento implica, necesariamente, concentración de medios y organismos.

La primera y más evidente medida será la reducción del número total de presidentes y consejeros de los organismos. Al reducir los ocho organismos preexistentes a la CNMC se pasa de cerca de 50 altos cargos a solamente 10. Esta notable reducción produce un ahorro estimado de cerca de cuatro millones de euros.

En segundo lugar, y pese a la importancia económica del ahorro anterior, es cierto que cada uno de los sectores específicos de regulación va a necesitar de un *staff* técnico especializado. Mientras que hay razones para ahorrar en el número de altos cargos, no se puede decir lo mismo de los niveles técnicos. La merma de calidad en los servicios técnicos pondría gravemente en peligro la calidad de la supervisión y la solidez de las decisiones regulatorias. Por ello, el grado técnico difícilmente podrá adelgazarse. Es más, incluso si atendemos a la dicción del art. 31.5 de la Ley, puede producirse un ascenso en la categoría del personal técnico, pasando a configurarse como de naturaleza directiva con una retribución equivalente al subgrupo A1 o mediante contratos de régimen laboral de alta dirección²¹.

Finalmente, existen los servicios comunes que pueden compartir las distintas salas o secciones dentro de la CNMC. Si bien la supervisión e inspección sectorial tiene características propias, los servicios administrativos o los servicios jurídicos, por ejemplo, pueden experimentar cierta racionalización. De todos modos, al concentrar los organismos preexistentes se con-

competencias a la CNMC en cada uno de los preceptos que se dedican a la cuestión [así, arts. 5.1.h), 6.f), 7.ai), 8.g), 9.k), 10.c) y 11.g)] lo hacen solamente con carácter prospectivo o para el futuro, encargándole «realizar cualesquiera otras funciones que a partir de la entrada en vigor de esta ley le sean atribuidas por ley o por real decreto». Además de la deficiente redacción, debiendo el inciso temporal ir entre comas, y de que la norma así enunciada es superflua —la CNMC tendrá esas funciones, en efecto, porque se las concedan las leyes o reglamentos que se dicten—, parece claro que el sentido debe ser el de atribuirselas en presente. Esto es, se debe otorgar al regulador de la competencia y de estos sectores la competencia de «realizar cualesquiera otras funciones que le atribuyan las leyes u otras disposiciones normativas del ordenamiento jurídico vigente», tal y como figuraba en las primeras versiones. En segundo lugar, deben ser objeto de atribución expresa a la CNMC ciertas funciones que se estiman de relevancia», Dictamen 870/2012 de 13 de septiembre de 2012.

²¹ «[...] 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 directivo será funcionario de carrera del subgrupo A1 y, con carácter excepcional, se podrán cubrir dichos puestos en régimen laboral mediante contratos de alta dirección, siempre que no tengan atribuido el ejercicio de potestades o funciones públicas [...]».

centrará también el volumen de trabajo y los nuevos medios de la CNMC deben poder afrontar con garantías ese reto. Dicho en otras palabras, el prestigio y la independencia de la CNMC se juega también en el modo de implementar las políticas de manera rápida, eficaz y transparente.

Se calcula que el ahorro total puede ascender a 28 millones de euros²². Es cierto que las reestructuraciones tienen siempre costes y beneficios. En opinión de LLOBET, «las economías de escala (o mejor economías de alcance) en la supervisión de mercados tan dispares como la energía o las telecomunicaciones parecen ser limitadas. Como contrapeso tenemos el coste de gestionar organismos más amplios que pueden dar lugar a problemas de coordinación, falta de conocimientos técnicos de todos los mercados sobre los que los responsables deben tomar decisiones, etc.». Según recoge el periódico *El País*, citando fuentes del Ministerio de Economía, «la integración de los reguladores y competencia en un único organismo supondrá el despido de varios trabajadores. La racionalización en el ámbito de los servicios horizontales es previsible»²³.

Sin embargo, cuando se analizan las disposiciones transitorias de la Ley, aquellas relativas a la plantilla y a los puestos de trabajo, contienen disposiciones solamente relativas a la posibilidad de que el personal laboral fijo ocupe transitoriamente puestos reservados a funcionarios²⁴.

Más que reducir la plantilla de la CNMC mediante despidos, parece claro que se puede producir una transferencia de empleados públicos de los organismos reguladores a las estructuras ministeriales que ahora recuperan algunas funciones. Así se prevé en el apartado segundo de la DA 6.^a de la Ley cuyo literal establece que:

«El personal laboral de los organismos que ahora se extinguen, se integrará en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en los términos previstos en el art. 44 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, con respeto a los derechos y obligaciones laborales que viniera ostentando hasta ese momento. Para la integración de este personal laboral, se atenderá necesariamente a las funciones efectivas que vinieran desempeñando en el organismo extinguido.

Excepcionalmente, el personal laboral podrá integrarse en los departamentos ministeriales, en los mismos términos previstos en el párrafo anterior, cuando como consecuencia de las funciones que por esta Ley se atribuyen a los departamentos ministeriales se haga necesaria su integración, sin que en ningún caso puedan producirse incrementos retributivos con relación a la situación existente en los organismos de procedencia. Cuando queden vacantes los puestos de trabajo que se integren en la estructura orgánica de dichos departamentos por fallecimiento, jubilación o cualquier

²² «La nueva Comisión de Mercados y Competencia supondrá un ahorro de 28 millones», *Expansión*, 27 de julio de 2012.

²³ «La creación de la CNMC supondrá un ahorro de 28 millones», *El País*, 6 de junio de 2013.

²⁴ DT 6.^a, «Con carácter excepcional, el personal laboral fijo de los organismos públicos extintos que viniese ocupando puestos con funciones que, de acuerdo con lo establecido en esta Ley, deban ser desempeñadas por personal funcionario, podrá seguir ocupando dichos puestos».

otra causa legal, y siempre que esta no implique derecho al reingreso en el servicio activo, se amortizarán, dándose de alta como plazas de personal funcionario para garantizar la continuidad en la prestación de las citadas funciones, siempre y cuando ello resulte necesario de conformidad con lo establecido en el art. 9 de la Ley 7/2007, de 12 de abril. La reasignación de efectivos, amortización y, en su caso, creación de puestos de trabajo tendrá lugar en los términos y con el alcance que se determine por el órgano competente».

Así pues, estamos de nuevo ante una reasignación de efectivos incluso para el personal laboral.

Existe también la cuestión del ahorro mediante la unificación de las sedes. Efectivamente, puede pensarse en el ahorro que supondría agrupar físicamente todos los efectivos de la nueva CNMC en una sola sede y de este modo poder enajenar patrimonio de los antiguos organismos. Este elemento, sin embargo, choca con la muy espinosa cuestión de la sede de la CMT radicada en Barcelona. Por primera vez en la historia de España se situó un órgano de la Administración estatal fuera del ámbito de Madrid. La medida fue pionera a la vez que muy polémica puesto que en el momento de realizarse la CMT ya venía funcionando con su sede y personal prestando servicio en Madrid. Sea como fuere, la CMT tiene en la actualidad su sede en Barcelona. Para salvar el escollo, la Ley prevé expresamente el mantenimiento de la sede de Barcelona²⁵. De ahí, pues, tampoco puede provenir el anunciado ahorro.

De hecho, si tomamos en consideración la información económica contenida en la Memoria que acompaña a la Ley, resulta que el cálculo del ahorro se realiza sobre gasto que todavía no es efectivo.

<i>Concepto</i>	<i>Retribuciones altos cargos</i>	<i>Otros gastos de funcionamiento</i>	<i>Total</i>
Evitar la creación de nuevas agencias	1.636.253	17.109.198	18.745.451
Economías de escala de agencias preexistentes	3.589.187	5.820.596	9.409.783
Ahorro TOTAL	5.225.440	22.929.794	28.155.234

Como puede apreciarse, el 66,5 por 100 del ahorro debe provenir de no incurrir en nuevos gastos, presumiblemente con la puesta en funcionamiento del Consejo Estatal de Medios Audiovisuales. Una estimación de ahorro difícilmente objetivable y algo engañosa puesto que, en cualquier caso, el CEMA hubiera debido crearse.

²⁵ DA 18.ª, «La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia podrá tener otras sedes, de acuerdo con lo establecido en el apartado 3 del art. 2 de esta Ley. Su ubicación se realizará manteniendo la actualmente existente para las telecomunicaciones, donde se situará la Dirección de Telecomunicaciones del Sector Audiovisual (Instrucción de Telecomunicación y Servicios Audiovisuales), para el aprovechamiento de los recursos e infraestructuras actuales».

Si tenemos en cuenta los efectivos de cada una de las tres principales Comisiones existentes (CNC, CMT y CNE), resulta que suman un total de 558 puestos, cuyo coste asciende a 28,2 millones de euros. Comparativamente, la Comisión Nacional del Mercado de Valores (que se mantiene separada), tiene 422 efectivos que cuestan 21,8 millones de euros²⁶.

En último lugar, los más optimistas auguran que el esperado ahorro de costes podría traducirse en una rebaja de las tasas que pagan los operadores del mercado. El profuso Anexo de la Ley «Tasas y prestaciones patrimoniales de carácter público relacionadas con las actividades y servicios regulados en esta Ley» confirma la idea inicial del proyecto de financiar exclusivamente la CNMC mediante aportaciones presupuestarias (más caro) y no adoptar el modelo de tasas (que ofrece una relativamente mayor autonomía financiera). De nuevo, la diversidad de situaciones de partida es muy importante. Si en 2011-2012 los ingresos por tasas de la CNC se reducían a un exiguo 1,2 millones de euros la CNE ingresaba 35 millones de euros y la CMT 29,8 millones de euros²⁷.

D. ¿OFRECE LA NUEVA REGULACIÓN MAYOR CLARIDAD Y SEGURIDAD JURÍDICA A LOS OPERADORES?

Otra de las justificaciones que aparece en la explicación de la necesidad de la reforma acometida por la Ley 3/2013 es la voluntad de ofrecer una mayor claridad y seguridad jurídica a los operadores. Efectivamente, podía suceder con la arquitectura institucional existente hasta ahora que se produjeran discrepancias entre las autoridades reguladoras sectoriales y la CNC. Los objetivos de regulación pueden chocar a veces con los objetivos de defensa de la competencia. Así, se trataría de evitar que, por ejemplo, el regulador sectorial en materia de competencia autorice la comercialización de un producto o servicio y que ese mismo producto o servicio sea considerado como una práctica anticompetitiva por parte de la CNC²⁸.

La cuestión de la distribución de funciones entre los organismos de regulación sectorial y la autoridad de defensa de la competencia ha sido una cuestión recurrente tanto entre la doctrina como por parte del mismo

²⁶ CNC. *Memoria de Actividades 2011-2012*, p. 106. El desglose por cada una de las Comisiones es: CNC 204 puestos – 8,9 millones de euros; CMT 142 puestos – 7,9 millones de euros; CNE 212 puestos – 11,4 millones de euros. La CNC es la institución que presenta un menor coste unitario por efectivo (43.627 euros), mientras que en la CNE asciende a 55.633 euros.

²⁷ CNC. *Memoria de Actividades 2011-2012*, p. 106. El Dictamen 870/2012 del Consejo de Estado realiza una observación esencial en este sentido: «a la vista de la poca claridad del régimen de tasas y prestaciones patrimoniales resultante, se estima necesaria una completa reordenación de esta materia». De hecho, el literal de la DA 14.ª de la Ley 3/2013 deja a la CNMC con la gestión y recaudación de solamente dos tipos de tasas: la de concentraciones económicas y la contribución al servicio postal universal.

²⁸ Comparecencia de la Vicepresidenta del Gobierno ante los medios de comunicación posterior al Consejo de Ministros del día 24 de febrero de 2012. El cambio institucional se explica también en el documento «Informe sobre la reforma de los organismos supervisores» por la motivación de «garantizar la necesaria armonización entre la política sectorial y de competencia, reduciendo la incertidumbre regulatoria». Disponible en www.lamoncloa.gob.es.

legislador. A modo de ejemplo, MONTERO PASCUAL explica cómo el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado puede a veces cuestionar los objetivos regulatorios consistentes en ofrecer a los operadores un margen de beneficio suficiente que garantice las inversiones²⁹. La cuestión se abordó en la Ley 15/2007 mediante la redacción del art. 17. A modo de resumen, los mecanismos allí contenidos pueden esquematizarse como sigue³⁰.

- Los reguladores sectoriales deben poner en conocimiento de la CNC las afectaciones a la competencia que tengan lugar en su sector específico para que esta resuelva. Los reguladores, pues, constituirían un colaborador privilegiado de la Dirección de Investigación pero no tendrán facultades resolutorias [art. 17.2.a)].
- Los reguladores deben solicitar informe preceptivo y previo a la adopción de normativa sectorial y sus actos administrativos que puedan incidir en las condiciones de competencia en los mercados. La redacción no aclara si el contenido del informe CNC es vinculante para los órganos sectoriales pero por coherencia con el apartado anterior parece que así debería ser [art. 17.2.b)].
- Como contrapartida la CNC solicitará informe al regulador sectorial tanto en materia de prácticas restrictivas como de expedientes de concentración. En estos casos sí queda claro que el informe no tendrá carácter vinculante [art. 17.2.c) y 17.2.d)].

La experiencia ha demostrado la escasa practicidad del modelo de cooperación diseñado, manteniéndose enfoques separados en algunos asuntos y cuestionando en general la posibilidad de que los reguladores sectoriales enjuiciaran casos relativos a la defensa de la competencia pese a su competencia general para vigilar el mantenimiento de la libre competencia en sus respectivos mercados³¹. De hecho, la cuestión ha sido objeto de enjuiciamiento por parte de los Tribunales de manera que se reconoce que: «Por la novedad que supuso la creación de los organismos reguladores sectoriales,

²⁹ J. J. Montero Pascual, «La Decisión de la Comisión Wanadoo contra Telefónica. La compleja relación entre regulación y competencia», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 2, 2008. De igual modo, véase la reciente sentencia del TGUE de 29 de marzo de 2012 (As. T-336/07), donde se analiza la imposición de una multa por parte de la Comisión por práctica anticompetitiva a Telefónica, para una conducta que había sido autorizada por la CMT española.

³⁰ Cfr. J. M. SALA ARQUER, «Las relaciones y delimitación de funciones entre los organismos reguladores sectoriales y las autoridades de defensa de la competencia», en J. GUILLÉN CARAMÉS (co-ord.), *Derecho de la competencia y regulación en la actividad de las administraciones públicas*, 2011; M. PEDRAZ CALVO y J. RUBÍ NAVARRETE, «Delimitación de competencias entre los órganos horizontales de defensa de la competencia y los órganos reguladores sectoriales», *Anuario de la Competencia 2001*, Madrid, ICO-Marcial Pons, 2002.

³¹ A modo de ilustración, la Memoria CNC 2011-2012 examina la cuestión de la relación de la Comisión de Competencia con los reguladores sectoriales. Solo en un caso, la CMT solicitó informe a competencia para el asunto de la Resolución de la CMT de 1 de diciembre de 2011, por la que se acuerda iniciar el procedimiento para la definición y análisis de los mercados de terminación de llamadas vocales en redes móviles individuales, la determinación de la existencia de operadores con poder significativo de mercado y de la necesidad de imponer obligaciones específicas. En los demás casos, la CNC instó a los reguladores a emitir informe en procedimientos de competencia. Especialmente el Banco de España (11 veces) y la CNE (10 veces) emitieron informe a la CNC en casos de concentraciones entre empresas.

existe una cierta superposición de competencias entre los órganos generales de defensa de la competencia y los organismos públicos con capacidad para actuar tan solo en determinados mercados (en nuestro caso, la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones, pero el problema se repite, con diversos matices, respecto de otros como la Comisión Nacional de la Energía o la Comisión Nacional del Mercado de Valores). La delimitación de atribuciones entre unos y otros no ha llegado a adquirir la claridad que sería deseable y, de hecho, se han producido reiteradas modificaciones legislativas en un corto periodo de tiempo que contribuyen a poner de relieve la inseguridad con la que los propios organismos, y los demás intervinientes en el debate jurídico en general, han de afrontar esta cuestión»³².

El criterio, pues, resulta en una cierta prevalencia de la CNC sobre los reguladores sectoriales³³. De nuevo, la Ley 2/2011, de Economía Sostenible, aborda la cuestión mediante la disposición contenida en su art. 10:

«Art. 10. Objeto de la actuación de los Organismos Reguladores.

1. Los Organismos Reguladores tendrán como objeto prioritario de su actuación velar por el adecuado funcionamiento del sector económico regulado para garantizar la efectiva disponibilidad y prestación de unos servicios competitivos y de alta calidad en beneficio del conjunto del mercado y de los consumidores y usuarios. Con tal fin, los Organismos Reguladores preservarán y promoverán el mayor grado de competencia efectiva y transparencia en el funcionamiento de los sectores económicos regulados, sin perjuicio de las funciones atribuidas a la Comisión Nacional de la Competencia o a los órganos equivalentes de las Comunidades Autónomas con competencias en materia de defensa de la competencia.

2. Para el cumplimiento de los anteriores objetivos, los Organismos Reguladores ejercerán, según disponga su normativa sectorial, las funciones de supervisión, otorgamiento, revisión y revocación de los títulos correspondientes, inspección, sanción, resolución de conflictos entre operadores, arbitraje en el sector y aquellas otras que les atribuya la Ley».

La disposición se encuentra expresamente derogada por la Ley 3/2013 y se establece una nueva configuración en el seno de la CNMC. Efectivamente, la CNMC, como su nombre indica conocerá de cuestiones tanto relativas a la defensa de la competencia como a la regulación sectorial. La CNMC organiza su Consejo en dos salas (art. 18): la sala de Competencia y la sala de Supervisión Regulatoria. Cada una de las salas estará compuesta por cinco miembros del Consejo. La Sala de Competencia estará presidida por el Presidente de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y la Sala de Supervisión regulatoria por el Vicepresidente. El Consejo en pleno determinará la asignación de los miembros del Consejo a cada sala y, en los términos establecidos reglamentariamente, aprobará y publicará el régimen de rotación entre salas de los consejeros, incluyendo los criterios de selección y periodicidad de las rotaciones. La convocatoria de las salas corresponde a su Presidente, por propia iniciativa o a petición de, al menos,

³² Sentencia de la AN de 21 de diciembre de 2007.

³³ Al respecto cfr. SSTS de 10 de julio, 1 de octubre y 18 de noviembre de 2008.

la mitad de los consejeros. Las salas del Consejo se entenderán válidamente constituidas con la asistencia de su Presidente, o persona que le sustituya, el Secretario del Consejo y al menos dos consejeros.

Por su parte, el Pleno tiene reservado el conocimiento de los siguientes asuntos:

- a) Los que, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 14.1 de la presente Ley, sean indelegables para el Consejo, con la excepción de la impugnación de actos y disposiciones a los que se refiere el art. 5.4.
- b) Aquellos en que se manifieste una divergencia de criterio entre la Sala de Competencia y la de Supervisión regulatoria.
- c) Los asuntos que por su especial incidencia en el funcionamiento competitivo de los mercados o actividades sometidos a supervisión, recabe para sí el pleno, por mayoría de seis votos y a propuesta del Presidente o de tres miembros del Consejo.

Pero esta facultad de avocación del Pleno no resuelve por sí sola la cuestión de la divergencia de objetivos que puede existir entre regulación sectorial y defensa de la competencia. Junto, pues, con el carácter dirimente del Pleno, se establece en el art. 21 una obligación de información mutua. Las salas conocerán de los asuntos que no estén expresamente atribuidos al pleno. Reglamentariamente se determinarán los supuestos en los que, correspondiendo el conocimiento de un asunto a una de las salas, deba informar la otra con carácter preceptivo. En todo caso, deberá emitirse informe en los siguientes asuntos:

- a) Por la Sala de Competencia, en los procedimientos que, previstos en los arts. 6 a 11 de esta Ley, afecten al grado de apertura, la transparencia, el correcto funcionamiento y la existencia de una competencia efectiva en los mercados.
- b) Por la Sala de Supervisión regulatoria, en los procedimientos en materia de defensa de la competencia previstos por el art. 5 de esta Ley que estén relacionados con los sectores a los que se refieren los arts. 6 a 11.

La ordenación de asuntos entre Salas puede resultar igualmente insuficiente para conjurar el riesgo de discrepancia³⁴. Además, hay que reparar en cómo desaparece la preeminencia de la autoridad de competencia, por ejemplo en asuntos que afecten a la regulación sectorial. Todos los casos conflictivos irán al Pleno donde previsiblemente los Consejeros elegidos por su *expertise* en temas sectoriales votaran de manera diferente a los Consejeros en materia de competencia. De nuevo, la elección de cada uno de los perfiles de los futuros consejeros se presenta como un elemento de enorme trascendencia. Y, por supuesto, con este diseño, creemos que en nada se

³⁴ Si comparamos el modelo español con el belga, resulta que en aquel existe la posibilidad de recurrir las decisiones de los reguladores sectoriales ante el Consejo de Competencia (relación jerárquica). También el informe preceptivo previo y vinculante en materia de telecomunicaciones (relación de preeminencia). Cfr. F. NAERT, «Competition authorities and regulators in Belgium: Hierarchy vs. Cooperation», *Competition and Regulation in Network Industries*, vol. 10 (2), 2009, p. 156.

mejora la claridad del área de confluencia (competencia-regulación) ni la seguridad jurídica de los operadores.

Junto con la cuestión de la claridad de las funciones, ha sido también objeto de discusión la seguridad jurídica que ofrezca la separación de funciones instructoras y decisorias en el seno de la CNMC. Los órganos directivos de la CNMC deben garantizar una separación funcional entre las fases de instrucción y resolución de los expedientes. De todos modos, tanto el Consejo como el Presidente pueden emanar instrucciones (art. 26). Realmente, la aprobación del Estatuto orgánico del nuevo organismo y de su Reglamento de funcionamiento interno, supondrá un elemento determinante para la cuestión³⁵. También, como hemos indicado más arriba, la selección y perfil de los miembros del Consejo. Desde luego, un escenario de Consejo politizado y Direcciones politizadas ofrece escasas garantías para la seguridad jurídica de los operadores y la calidad de la regulación adoptada. Un escenario con Consejo politizado y Direcciones técnicas y altamente cualificadas mejora ostensiblemente la cuestión siempre y cuando el Consejo asuma como suyos los trabajos técnicos realizados. En este caso, la decisión se situaría materialmente en la fase técnica más que en la decisoria y, con ello, las garantías de independencia quedarían fuertemente diluidas. Y finalmente, lo más deseable parece ser la despolitización tanto de la resolución como de la instrucción de los casos, aspecto que no se asegura institucionalmente y que quedará a la dinámica de funcionamiento de la CNMC y al acierto del Gobierno en la designación de los consejeros y directores.

No se prevé en la Ley la posibilidad de impugnación de los actos de las Direcciones. Sin embargo, al no derogarse expresamente el art. 47 de la Ley 15/2007, deberá entenderse que es aplicable el recurso para actos de trámite cualificados para todas las Direcciones previstas ahora en el art. 25. Si el recurso se resuelve por el Pleno o por una de las dos Salas es también una cuestión relevante inespecificada por la Ley.

Por todo ello, hay que coincidir con RUIZ PERIS en el sentido que «hay que señalar que una diferencia acusada de conocimientos y pericia técnica entre Consejeros y Directores podría dar lugar a un riesgo de captura interna del Consejo por las distintas direcciones, y las garantías constitucionales

³⁵ PETITBÓ analiza la cuestión del nombramiento de los Directores previsto en el art. 26.3 de la Ley: «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 personal directivo de otras áreas de responsabilidad, atendiera a los principios de mérito y capacidad, y, además, fuera precedida del oportuno concurso público, preferentemente abierto internacionalmente», A. PETITBÓ, «Un horizonte nuevo para la competencia y la regulación», *Anuario de la Competencia 2011-2012*. ICO-Servicio de Publicaciones de la UAB, 2012, p. 96. Tanto la eliminación del nombramiento gubernamental como la cuestión del concurso para la selección de los Directores se ha incorporado al texto definitivo de la Ley.

así como la estructura institucional actual y la que diseña el proyecto, parten de una clara separación entre órgano de instrucción y de resolución. De otra parte, hay que tener en cuenta que los Directores sectoriales corren un mayor riesgo de captura privada dado que se mueven en un contexto sectorial que podría trasladarse, dado el riesgo de captura interna, al Consejo. [...] Queda por ver cual será el carácter de estos consejeros si se tratará de Consejeros conocedores del campo o con capacidad de decisión que estudien los asuntos que le harán llegar las futuras cuatro direcciones de la CNMC o si, por el contrario, se limitarán, a ejemplo de algunos reguladores, a actuar como un mero consejo de administración que supervise lo actuado por los servicios técnicos. En el primer caso, nueve miembros parecen pocos para el cúmulo de actividad que les espera, en el segundo podría reducirse aun más el número de consejeros. Lo cierto es que si perdemos lo adquirido, esto es, que los miembros del Consejo de competencia realicen una segunda valoración de la cuestión y emitan su juicio, si como indicó Julio Costas Comesaña no se establece un fuerte equipo técnico jurídico y económico que asesore al propio consejo en la toma de decisiones, el riesgo de captura interna por parte de los Directores, nombrados por el gobierno sin veto parlamentario, respecto a los que el proyecto no establece condiciones para su nombramiento, y de que los consejeros se limiten a supervisar lo actuado por estos, privándonos de una verdadera decisión propia. No parece ser éste el modelo que conviene a nuestra economía si pretendemos preservar los efectos benéficos para el mercado de la acción de nuestras agencias independientes y su independencia imprescindible, de acuerdo con la normativa europea para realizar estas funciones»³⁶.

Sea como fuere, y aún conjurando todos los peligros que hemos apuntado, el resultado de la reforma no presenta claramente un avance en materia de claridad y seguridad jurídica de los operadores.

E. ¿SE DEVUELVEN COMPETENCIAS REGULADORAS AL GOBIERNO?

La incertidumbre regulatoria que pretende corregir la nueva legislación puede tener su origen en la mezcla de funciones administrativas bajo el paraguas de la denominación común de regulación. Aunque hemos importado del Derecho anglosajón la figura de la «*regulation*», puede existir acaso alguna disonancia con nuestra tradición jurídica de Derecho administrativo francés. Así, la regulación se definiría como el conjunto de normas sectoriales que ordenan un determinado sector. La ordenación, sin embargo, no es invasiva de la libertad empresarial, no dicta estrictamente la conducta de los operadores sino un marco común de actuación.

A pesar de reconocer las muchas debilidades de la proposición anterior, esta puede haber sido la idea del legislador al intentar separar las cuestiones más típicamente administrativas (regulación de entrada de los sectores) de

³⁶ J. I. Ruíz PERIS, «La reforma institucional del Derecho de la competencia español», *Diario La Ley. Sección Doctrina*, núm. 7983 de 13 de diciembre de 2012, y 8002, de 16 de enero de 2013.

las cuestiones más de funcionamiento (regulación de funcionamiento o regulación propiamente dicha). Se trata de devolver al ámbito gubernamental la definición de la estructura del sector (cuantos operadores y sus condiciones de acceso). No queda específicamente explicitado en el texto legal pero puede ser una de las ideas subyacentes para la atribución al gobierno de una serie de funciones hasta ahora ejercidas por los reguladores sectoriales.

Así, si analizamos las Disposiciones Adicionales 7.^a a 12.^a resulta que se atribuyen a los respectivos ministerios un conjunto de funciones regulatorias:

<i>Ministerio</i>	<i>Función</i>
INDUSTRIA Y ENERGÍA (Audiovisual)	<ul style="list-style-type: none"> a) Recibir las comunicaciones de inicio de actividad de los prestadores del servicio de comunicación audiovisual. b) Llevar el Registro estatal de prestadores de servicios de comunicación audiovisual. c) Decidir sobre cualquier cuestión o incidente que afecte al ejercicio de los títulos habilitantes de servicios de comunicación audiovisual, tales como su duración, renovación, modificación, celebración de negocios jurídicos o extinción. d) Verificar las condiciones de los arts. 36 y 37 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, en materia de limitación de adquisición de participaciones entre operadores del servicio de comunicación audiovisual. e) Certificar la emisión en cadena por parte de los prestadores del servicio de comunicación audiovisual radiofónica que así lo comunicasen, e instar su inscripción, cuando proceda, en el Registro estatal de prestadores de servicios de comunicación audiovisual.
INDUSTRIA Y ENERGÍA (Electricidad)	<ul style="list-style-type: none"> a) Inspeccionar, dentro de su ámbito de competencias, el cumplimiento de las condiciones técnicas de las instalaciones, el cumplimiento de los requisitos establecidos en las autorizaciones, la correcta y efectiva utilización del carbón autóctono en las centrales eléctricas con derecho al cobro de la prima al consumo de carbón autóctono, las condiciones económicas y actuaciones de los sujetos en cuanto puedan afectar a la aplicación de las tarifas, precios y criterios de remuneración de las actividades energéticas, la disponibilidad efectiva de las instalaciones de generación en el régimen ordinario, la correcta facturación y condiciones de venta de las empresas distribuidoras y comercializadoras a consumidores y clientes cualificados, la continuidad del suministro de energía eléctrica, la calidad del servicio, así como la efectiva separación de estas actividades cuando sea exigida. b) Acordar la iniciación de los expedientes sancionadores y realizar la instrucción de los mismos, cuando sean de la competencia de la Administración General del Estado por no corresponder la incoación e instrucción de los mismos a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, e informar, cuando sea requerida para ello, aquellos expedientes sancionadores iniciados por las distintas Administraciones Públicas.

<i>Ministerio</i>	<i>Función</i>
INDUSTRIA Y ENERGÍA (Electricidad)	<p>c) Informar, atender y tramitar, en coordinación con las administraciones competentes, a través de protocolos de actuación, las reclamaciones planteadas por los consumidores de energía eléctrica y tener a disposición de los mismos toda la información necesaria relativa a sus derechos, a la legislación en vigor y a las vías de solución de conflictos de que disponen en caso de litigios.</p> <p>El Ministerio de Industria, Energía y Turismo informará, al menos semestralmente, a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de las actuaciones realizadas, incluyendo información sobre el número de reclamaciones informadas, atendidas y tramitadas con el fin de facilitar las labores de supervisión del funcionamiento de los mercados minoristas por parte de este organismo.</p> <p>d) Realizar la liquidación de los costes de transporte y distribución de energía eléctrica, de los costes permanentes del sistema y de aquellos otros costes que se establezcan para el conjunto del sistema cuando su liquidación le sea expresamente encomendada y enviar a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia toda la información necesaria para la elaboración de las metodologías de peajes.</p> <p>e) Supervisar la actividad de la Oficina de Cambios de Suministrador.</p>
INDUSTRIA Y ENERGÍA (Hidrocarburos)	<p>a) Inspeccionar dentro de su ámbito de competencias el cumplimiento de las condiciones técnicas de las instalaciones, el cumplimiento de los requisitos establecidos en las autorizaciones, las condiciones económicas y actuaciones de los sujetos en cuanto puedan afectar a la aplicación de las tarifas, precios y criterios de remuneración de las actividades de hidrocarburos, la disponibilidad efectiva de las instalaciones gasistas, la correcta facturación y condiciones de venta a los consumidores de las empresas distribuidoras, en lo que se refiere al acceso a las redes, y comercializadoras, la continuidad del suministro de gas natural, la calidad del servicio, así como la efectiva separación de estas actividades cuando sea exigida.</p> <p>b) Acordar, en el ámbito de aplicación de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, la iniciación de los expedientes sancionadores y realizar la instrucción de los mismos cuando sean de la competencia de la Administración General del Estado e informar, cuando sea requerida para ello, aquellos expedientes sancionadores iniciados por las distintas Administraciones Públicas, sin perjuicio de las competencias atribuidas a la Corporación de Reservas Estratégicas de Productos Petrolíferos en el art. 52.4 de la citada Ley ni de las competencias exclusivas de otros órganos de las Administraciones Públicas.</p>

<i>Ministerio</i>	<i>Función</i>
INDUSTRIA Y ENERGÍA (Hidrocar- buros)	<p>c) Realizar las liquidaciones correspondientes a los ingresos obtenidos por peajes y cánones relativos al uso de las instalaciones de la Red Básica, transporte secundario y distribución a que hace referencia el art. 96 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, y comunicarla a los interesados.</p> <p>d) Informar, atender y tramitar, en coordinación con las Administraciones competentes, a través de protocolos de actuación, las reclamaciones planteadas por los consumidores de gas natural, y tener a disposición de los mismos toda la información necesaria relativa a sus derechos, a la legislación en vigor y a las vías de solución de conflictos de que disponen en caso de litigios. El Ministerio de Industria, Energía y Turismo informará, al menos semestralmente, a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de las actuaciones realizadas, incluyendo información sobre el número de reclamaciones informadas, atendidas y tramitadas con el fin de facilitar las labores de supervisión del funcionamiento de los mercados minoristas por parte de este organismo.</p> <p>e) Expedir los certificados y gestionar el mecanismo de certificación de consumo y venta de biocarburantes.</p> <p>f) Supervisar la actividad de la Oficina de Cambios de Suministrador.</p> <p>g) Las competencias que la normativa vigente atribuye a la Comisión Nacional de la Energía en materia de hidrocarburos líquidos.</p>
HACIENDA (Juego)	<p>La Dirección General de Ordenación del Juego del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas asumirá el objeto, funciones y competencias que la Ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego, atribuye a la extinta Comisión Nacional del Juego.</p>
FOMENTO (Postal)	<ol style="list-style-type: none"> 1. Informar a los usuarios sobre los operadores postales, las condiciones de acceso, precio, nivel de calidad e indemnizaciones y plazo en el que serán satisfechas y, en todo caso, realizar la publicación en el sitio web del Ministerio a que se refiere el art. 9.2 de la Ley 43/2010, de 30 de diciembre. 2. Conocer de las controversias entre los usuarios y los operadores de los servicios postales en el ámbito del servicio postal universal, siempre y cuando no hayan sido sometidos a las Juntas Arbitrales de Consumo. 3. Conocer de las quejas y denuncias de los usuarios por incumplimiento de las obligaciones por parte de los operadores postales, en relación con la prestación del servicio postal universal, de conformidad con lo establecido en el Título II de la Ley 43/2010, de 30 de diciembre, y en su normativa de desarrollo.

<i>Ministerio</i>	<i>Función</i>
FOMENTO (Postal)	4. Ejercer la potestad de inspección y sanción en relación con las funciones mencionadas en los apartados anteriores. 5. Otorgar las autorizaciones singulares y recibir las declaraciones responsables que habilitan para la actividad postal y gestionar el Registro General de empresas prestadoras de servicios postales, de conformidad con lo establecido en el Título IV de la Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del servicio postal universal, de los derechos de los usuarios y del mercado postal, así como en su normativa de desarrollo.
PRESIDENCIA (Audiovisual)	Corresponde al Ministerio de la Presidencia aprobar el Catálogo de acontecimientos de interés general para la sociedad a que se refiere el art. 20.1 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, previa consulta a los prestadores del servicio de comunicación audiovisual y a los organizadores de las competiciones deportivas.

La creación de la CNMC supone, pues, una devolución clara de competencias de la esfera de los organismos reguladores independientes al gobierno. El caso más claro puede ser el juego donde se aprecia una devolución total y explica que ninguna Dirección de la CNMC asuma funciones en materia de juego. En los demás, el grado de devolución varía, incluyendo cuestiones tan importantes como el acceso a los medios audiovisuales o la inspección y sanción en materia de electricidad o hidrocarburos. Estas cuestiones, en definitiva escapan a lo estrictamente organizativo para entrar de lleno en la ordenación material de las competencias. Si se contempla solamente este aspecto, podría afirmarse que el legislador de la Ley 3/2013 no confía en el modelo de organismos reguladores independientes y se vuelve a la administración ministerial clásica.

a) *Telecomunicaciones*

Específicamente en materia de telecomunicaciones, la Ley no ofrece ninguna justificación a esta devolución de competencias. Los reguladores sectoriales (CMT y CNE), han reaccionado de manera muy crítica a este traslado o devolución de competencias reguladoras al gobierno. Así, por ejemplo, podemos hacer referencia al cuadro comparativo contenido en el «Informe sobre el Anteproyecto de Ley de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia» (MTZ 2012/398), emitido por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones³⁷. En él pueden apreciarse, comparativamente, las escasas competencias de la nueva CNMC con respecto a la regulación de telecomunicaciones. Por ejemplo, desaparecen las competencias sobre numeración, el registro de operadores, la resolución de asuntos entre operadores y otras entidades, competencias sobre protección

³⁷ Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT), «Informe sobre el Anteproyecto de Ley de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia» (MTZ 2012/398) de fecha 15 de marzo de 2012.

de datos o competencias sobre la definición y control de las obligaciones de servicio universal. Realmente, de modo comparativo, la posición de la CNMC nada tiene que ver con la *Bundesnetzagentur* alemana o la OFCOM británica.

De ello puede deducirse sin lugar a dudas la escasa asignación efectiva de competencias materiales en materia de telecomunicaciones que corresponderá a la nueva CNMC. «Industria despoja al organismo que sustituirá a la CMT de competencias tan básicas como la portabilidad (cambio de compañía conservando el número), la asignación de numeración, el registro de operadores, el servicio universal y la resolución de conflictos entre operadores. El sector ha acogido dividido este proyecto de reforma. En el espíritu de la misma, el Gobierno asume las tesis de los grandes operadores del sector, los que disponen de mayores infraestructuras, como Telefónica, Vodafone y Ono, que siempre se han quejado del intervencionismo de la CMT en favor de los pequeños operadores. La única gran competencia que conservará la CMT, que pasará a ser una sección de la nueva CNMC, será el análisis de los mercados»³⁸.

A juicio de ARIÑO y DE LA CUÉTARA, «la nueva norma proyectada, en su contenido actual, trasmuta los organismos reguladores preexistentes en un gran organismo supervisor, que pierde muchas competencias activas en favor de los Ministerios, según ya denunció la CNE. La defensa de la competencia puede funcionar sin ellas, pero la regulación no. Con las competencias transferidas serán los Ministerios de Industria y de Fomento quienes comiencen a tomar decisiones regulatorias, pero sin una de las características esenciales del regulador: su independencia. Esto es hacer lo contrario, no solo de lo que se afirma en la Exposición de Motivos del Anteproyecto, sino de lo que el PP y el PSOE venían defendiendo hasta ahora en sus programas. Eso no puede funcionar. Pensemos en el tema de la portabilidad numérica, que es una de las competencias transferidas. Para el anteproyecto, parece que se trata de la gestión de un simple registro, que puede ponerse en manos de funcionarios de régimen común. Ellos se encargarán de registrar qué operador tiene asignado en cada momento un número o grupo de números y de anotar los cambios que se vayan produciendo. Pero, si fuera tan sencillo, hace tiempo que habrían desaparecido los problemas de portabilidad, cuando es evidente que no es así. La conservación del número por el usuario en el momento de cambio de operador es una necesidad competitiva básica: sin ella, los cambios se reducirían a un número muy reducido (el de los pocos clientes a los que no incomoda su adaptación a un número nuevo). Inevitablemente, los operadores “grandes” tratan de dificultar el cambio, para disminuir su pérdida de clientes [...]. Como se ve, no se trata de un registro ordinario, ni de algo que pueda ser gestionado con criterios burocráticos. Implica la conexión de los centros telemáticos de los operadores y el regulador, y de los primeros con sus centrales de facturación, de forma que el usuario pueda confiar en que su cambio de

³⁸ «La CMT y la CNE se rebelan contra el plan del Gobierno de quitarles poder», *El País*, 20 de marzo de 2012,

operador estará totalmente resuelto en 24 horas. Se trata de “regulación” no de simple “administración”. Y, por supuesto, de “regulación sectorial”, no de defensa de la competencia, aunque el objetivo sea el mismo: aprovechar las situaciones competitivas para aumentar la eficiencia y el dinamismo del sector»³⁹.

Tal es el cambio de enfoque de la nueva Ley que el nuevo reparto competencial entre gobierno y autoridades reguladoras independientes puede suscitar algún problema en cuanto al cumplimiento mismo del Derecho comunitario. A pesar de que el legislador de la Ley 3/2013 hace referencia a los modelos de Derecho europeo comparado, lo cierto es que la carta dirigida por la Vicepresidenta de la Comisión al Reino de España expresaba serias dudas sobre la compatibilidad del nuevo diseño institucional con el Derecho comunitario⁴⁰. De hecho, la cuestión no solo ha preocupado a la Comisión sino que ha sido objeto de pronunciamiento por parte del mismo TJUE. Efectivamente, en la STJUE de 3 de diciembre de 2009 (*Comisión c. República Federal de Alemania. Asunto C-424/07*), el tribunal analiza la compatibilidad con el Derecho europeo de una «privación de competencias» a las autoridades nacionales reguladoras con respecto a los nuevos mercados. En concreto, se trata de impedir la promoción de la competencia a las ANR respecto a los mercados de fibra óptica, al considerar el legislador alemán de telecomunicaciones que esos mercados nacientes debían protegerse de la competencia para garantizar las inversiones. Pese a lo interesante de la discusión y de la relación entre Derecho comunitario y discrecionalidad administrativa nacional, lo que ahora interesa es la reflexión del Abogado General Miguel Poiares Maduro, sobre el ámbito competencial de las autoridades nacionales:

«La República Federal de Alemania sostiene que estas instrucciones se encuentran dentro del margen de apreciación del que dispone en la adaptación del Derecho interno al marco regulador comunitario. Así pues, la cuestión que debe dilucidarse es a quién atribuye el marco regulador comunitario la facultad de poner en equilibrio sus diferentes objetivos: ¿al legislador nacional, en el momento de adaptar el Derecho interno a ese marco, o a las ANR, a través de la evaluación realizada en cada caso concreto?

Debo resaltar que la respuesta no varía en función del objetivo concreto que se persiga. Puede resultar que la República Federal de Alemania tenga razón y que deba prestarse especial atención, en lo relativo a los nuevos mercados, a los incentivos a la infraestructura y la innovación. No obstante, no tiene las mismas consecuencias encomendar la ponderación de ese conjunto de objetivos a los legisladores nacionales que confiarla a las ANR.

³⁹ G. ARIÑO ORTIZ y J. M. DE LA CUÉTARA, «Reguladores sectoriales y defensa de la competencia. Una aportación al debate de su fusión», *Ariño & Villar WP*, núm. 42, 2012, pp. 25-26.

⁴⁰ «La legislación que se está considerando actualmente en España parece debilitar la independencia de la ANR además de planear una importante transferencia de competencias normalmente ejercidas por la ANR independiente al poder ejecutivo. Desde nuestro punto de vista, resulta difícil entender cómo una transferencia de competencias tan amplia desde la ANR independiente a las autoridades ministeriales puede ser compatible con los objetivos, principios y obligaciones que se derivan del marco regulatorio de la UE», Carta de la Vicepresidenta de la Comisión a don José Manuel Soria López, Ministro de Industria, Energía y Turismo, 11 de febrero de 2013.

El marco regulador comunitario ha creado las ANR y les ha atribuido facultades específicas porque se espera que sean refractarias a determinados intereses y adopten sus resoluciones únicamente en función de los criterios establecidos en este marco.

En consecuencia, considero que la ponderación de los objetivos del marco regulador compete a las ANR. El art. 8 de la Directiva marco atribuye expresamente la consecución de estos objetivos —y, en consecuencia, su ponderación— a las ANR y no a los legisladores nacionales. Se crea de este modo un mecanismo institucional por el cual el cometido del legislador nacional se limita a garantizar que las ANR adoptan todas las medidas necesarias para alcanzar dichos objetivos, tal como el Tribunal de Justicia ha confirmado en diferentes ocasiones. Incluso la autonomía de los Estados miembros en relación con la organización y estructuración de las ANR se encuentra supeditada al logro de estos objetivos.

Esto presupone, igualmente, que sean las ANR quienes, al tener que realizar evaluaciones específicas, estén en una mejor situación para decidir cuál es el mejor modo de poner en equilibrio esos diferentes objetivos con el fin de que se alcancen en la mayor medida posible. En otras palabras, una decisión del legislador nacional de dar prioridad a un objetivo concreto afectaría, de hecho, a la forma en que el legislador comunitario pretendió que se realizaran las evaluaciones de los mercados específicos: a través de las ANR y tomando en consideración los diferentes objetivos caso por caso. Así pues, fue voluntad expresa del legislador comunitario abstenerse de diseñar un sistema que estableciera prioridades en relación con los objetivos fijados por el marco regulador comunitario y reconocer, por consiguiente, facultades discrecionales a favor de las ANR. De este modo, la República Federal de Alemania no puede limitar el margen de discrecionalidad de la ANR alemana en relación con la intervención en los nuevos mercados sometiéndola a condiciones como las establecidas en el art. 9a, apartado 2, de la TKG, mediante las cuales se da prioridad a un objetivo regulador concreto»⁴¹.

El TJUE acoge la tesis del Abogado General y sentencia que «al establecer una disposición legal según la cual, en general, se excluye la regulación de los nuevos mercados por la ANR, el art. 9a de la Ley alemana de telecomunicaciones usurpa las facultades amplias que otorga a ésta el marco regulador comunitario, impidiéndole adoptar las medidas de regulación adecuadas a cada caso particular. Pues bien, tal como se desprende del punto 54 de las conclusiones del Abogado General, el legislador alemán no puede revocar la decisión del legislador comunitario y eximir con carácter general de la regulación a estos nuevos mercados. De ello se desprende que el art. 9a, apartado 1, de la Ley alemana de telecomunicaciones, al establecer un principio de no regulación de los nuevos mercados, no es conforme con el art. 16 de la Directiva marco».

Se constata, pues, una especie de reserva reguladora en favor de las autoridades independientes y en detrimento del legislador nacional cuya filosofía básica habría que testar para el caso del nuevo reparto competencia que la Ley de la CNMC propone. En opinión de FERNANDO, «la senten-

⁴¹ Conclusiones del Abogado General de 23 de abril de 2009, Asunto 424/07, apartados 62 a 67.

cia comentada apuesta, por tanto, por fortalecer la discrecionalidad propia de las ANR, al menos en el ámbito directamente otorgado por el Derecho comunitario. Como en el anterior fallo *Comisión c. Polonia* de 13 de noviembre de 2008, ello supone negar que las opciones regulatorias otorgadas por el marco comunitario a la ANR puedan verse restringidas, interferidas o sustituidas por obra del legislador nacional. Ni siquiera la alegación de la mayor seguridad jurídica o la de prefigurar la posibilidad de un mejor control jurisdiccional, justifican para esta jurisprudencia, que el legislador nacional interfiera en las posibilidades de acción confiadas a las ANR por el derecho comunitario»⁴².

En definitiva, pues, en materia de telecomunicaciones y comunicaciones electrónicas, la devolución de competencias reguladoras de la CMT al Ministerio podía haber chocado frontalmente con el marco regulador europeo y por ello no se recoge en el texto final de la Ley. A pesar de ello, constituye un buen indicador de la filosofía de base de la reforma.

b) *Energía*

En términos parecidos se expresa la CNE en sus críticas al nuevo modelo⁴³. En este caso, además, destaca la cuestión de la intervención administrativa sobre activos estratégicos que puedan afectar a la seguridad del suministro. Es la conocida como función 14.^a de la CNE. Como ya hemos tenido ocasión de explicar en otra sede⁴⁴, en el fragor de la fusión Endesa /E.On, el Gobierno español aprobó el Real Decreto-ley 4/2006, de 24 de febrero, por el que se modifican las funciones de la Comisión Nacional de Energía (CNE), atribuyendo al regulador sectorial unos importantes poderes de control, pudiendo aquel autorizar, no autorizar o someter a condiciones las operaciones de adquisición de participación —de y en— empresas energéticas, por razones de interés general y seguridad pública. Los críticos de esta norma observaron que dicha disposición integraría «una medida con la que el Ejecutivo ha pretendido zafarse del impedimento de seguir dirigiendo directamente los sectores liberalizados y para ello amplía la función aparentemente regulatoria de la CNE —que sabe domina— para “delegarle” lo que en tiempos pretéritos asumía de ordinario el Ejecutivo: el veto político de las operaciones empresariales por razones de política industrial»⁴⁵.

La potestad de intervención de la CNE fue desde el primer momento criticada por la Comisión europea quien, en fecha 27 de marzo de 2006, objetó a España que pudiera imponer condiciones a una operación de con-

⁴² M. M. FERNANDO PABLO, «El Legislador nacional no puede eliminar o limitar el ámbito discrecional concedido a una Autoridad Nacional de Regulación por el derecho comunitario», en E. GARCÍA DE ENTERRÍA y E. ALONSO GARCÍA (coords.), *Administración y Justicia: un análisis jurisprudencial. Liber Amicorum al Profesor T. R. Fernández Rodríguez*, Madrid, Civitas, 2012.

⁴³ Comisión Nacional de la Energía (CNE) «Informe sobre el Anteproyecto de Ley de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia», de 15 de marzo de 2012.

⁴⁴ C. PADRÓS REIG y E. E. COCCIOLO, «Security of Energy Supply: when can national measures prevail over European Law», *Energy Law Journal*, vol. 31, núm. 1, abril 2010.

⁴⁵ G. ARIÑO ORTIZ, *Energía en España y desafío europeo*, Comares, Granada, 2006, p. 171.

centración de dimensión intracomunitaria (en el caso específico, la OPA de E.On sobre Endesa) a la luz de las obligaciones derivadas por el Reglamento 139/2004 que radica la competencia exclusiva de la Comisión en la materia. El ejecutivo comunitario, además, consideraba que la autorización previa a la adquisición de determinadas participaciones en empresas energéticas suponía una vulneración de las libertades de circulación de capitales y de establecimiento. Por estas razones, tanto el ejercicio del control, materializado en la resolución de la CNE del 27 de julio de 2006 sobre la propuesta de concentración de E.On, como la propia norma contenida en el Real Decreto-ley 4/2006, fueron objeto de sendos recursos interpuestos por la Comisión ante el TJCE, lo que dio lugar a sendas sentencias condenatorias el 6 de marzo de 2008 (asunto C-196/07) y el 17 de julio de 2008 (asunto C-207/07)⁴⁶.

La nueva Ley 3/2013 dedica su DA 9.^a a regular la cuestión, de manera que corresponde la antigua función 14.^a a la Secretaría de Estado de Energía del Ministerio de Industria, Energía y Turismo. Los casos de intervención son los siguientes:

1. Toma de participaciones en sociedades o por parte de sociedades que desarrollen actividades que tengan la consideración de reguladas, consistan en la operación del mercado de energía eléctrica o se trate de actividades en territorios insulares o extrapeninsulares conforme a lo dispuesto en la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico.
2. Toma de participaciones en sociedades o por parte de sociedades que desarrollen actividades que tengan la consideración de reguladas, consistan en la gestión técnica del sistema gasista conforme a lo dispuesto en la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos, o desarrollen actividades en el sector de hidrocarburos tales como refinado de petróleo, transporte por oleoductos y almacenamiento de productos petrolíferos.
3. Toma de participaciones en sociedades o por parte de sociedades que sean titulares de los activos precisos para desarrollar las actividades recogidas en las letras *a)* y *b)*, o bien de activos del sector de la energía de carácter estratégico incluidos en el Catálogo Nacional de infraestructuras críticas de acuerdo a lo dispuesto en la Ley 8/2011, de 28 de abril, por la que se establecen medidas para la protección de las infraestructuras críticas, y su normativa de desarrollo.
4. Las adquisiciones realizadas directamente o mediante sociedades que controlen conforme a los criterios establecidos en el art. 42.1 del Código de Comercio, de participaciones en otras sociedades

⁴⁶ Sin embargo, la posición del TJUE puede considerarse, como poco, fuertemente matizada en algunos casos posteriores. Véase STJUE de 26 de marzo de 2009 a propósito del Dleg. italiano 143/1994. Más detalladamente en E. E. COCCIOLO y C. PADRÓS REIG, «La doctrina del TJCE sobre las acciones de oro entre la construcción del mercado interior y los retos de la intervención pública en los mercados globales», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 33, 2010.

mercantiles o de activos de cualquier naturaleza que atendiendo a su valor o a otras circunstancias tengan un impacto relevante o influencia significativa en el desarrollo de las actividades de la sociedad que comunica la operación.

5. La adquisición de participaciones en un porcentaje de su capital social que conceda una influencia significativa en su gestión, en las sociedades que, directamente o mediante sociedades que controlen conforme a los criterios establecidos en el art. 42.1 del Código de Comercio, realicen actividades incluidas en el apartado 1 o sean titulares de los activos señalados. De la misma forma, deberá comunicarse la adquisición directa de los activos mencionados en la letra *d*) del apartado 1.

En todos ellos, la intervención se configura como una intervención a posteriori —en línea con la jurisprudencia comunitaria sobre el caso de las acciones de oro en la sociedad belga Distrigaz—. Sin embargo, podría ser una equivocación modificar la función 14.^a de la CNE en el sentido de un sistema de comunicación con potestad de oposición, tal como se hizo con la reforma del régimen de autorización administrativa previa (la acción de oro española) realizada con la Ley 62/2003 de 30 de diciembre de medidas fiscales, administrativas y del orden social, DA 25.^a. Ya el Abogado General Ruiz-Jarabo Colomer criticó el supuesto carácter *ex post facto* del modelo de oposición administrativa de Bélgica. Que un régimen de comunicación no suponga ningún cambio sustancial y que sea realmente preferible no adoptar un mecanismo de control a posteriori procede de una incorrecta construcción dogmática del propio mecanismo. Este representa en realidad un régimen de actividades comunicadas a la Administración sujetas a veto de la Administración durante un plazo, lo que la doctrina ha claramente calificado como «instrumento de control preventivo normalmente, aunque a veces se ejerza de modo simultáneo al desarrollo de la actividad del ciudadano»⁴⁷, pero todo ello escapa del ámbito de estudio que nos hemos propuesto.

Sea como fuere, el Informe CNE incide en el potencial incumplimiento del Derecho comunitario que podría suponer la nueva regulación. «Esta Comisión considera que esta función se debe mantener en la CNMC por los siguientes motivos: este procedimiento autorizador constituye un mecanismo de supervisión *ex ante* de operaciones empresariales, orientado a garantizar el suministro energético y a salvaguardar el equilibrio patrimonial de las sociedades con actividades reguladas. Su objetivo es determinar si existen riesgos significativos o efectos negativos, directos o indirectos, para las actividades contempladas en el ámbito de aplicación de la citada función, y por tanto para la seguridad y calidad de suministro energético. Este control ha de entenderse como una función de supervisión que, por la naturaleza que el Anteproyecto de Ley otorga a la CNMC, debería quedar incluida dentro de las funciones de supervisión que se le atribuyan en el sector de la electricidad y del gas natural entre las obligaciones que el

⁴⁷ M.^a C. NÚÑEZ NAVARRO, *Las actividades comunicadas a la Administración. La potestad de veto sujeta a plazo*, Madrid, Marcial Pons, 2001, p. 110.

art. 37 de la Directiva 2009/72/CE y 41 de la Directiva 2009/72/CE les impone a las Autoridades Regulatoras Nacionales»⁴⁸.

F. ¿ES CONVENIENTE MEZCLAR LA FUNCIÓN REGULADORA Y LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA?

La idea predominante en la dogmática de la liberalización de los servicios públicos es la de que la libre competencia y el mercado atomístico deberán poder ofrecer garantías de continuidad de la prestación y de adaptación a las necesidades de la demanda. De este modo, la tradicional regulación a través de la propiedad se transformará en regulación del mercado⁴⁹. En casos extremos podemos decir que el Derecho de defensa de la competencia será el nuevo Derecho administrativo especial de regulación de los servicios públicos liberalizados.

Con esta premisa el legislador acomete la unificación en un mismo organismo de la función regulatoria y de la función de defensa de la competencia. Un experimento tal solo existe a nivel comparado en Holanda y, a día de hoy, resta todavía por ver su eficacia. En Alemania, otro ejemplo utilizado por el legislador, se unifican los reguladores sectoriales de los sectores de servicios en red en la *Bundesnetzagentur* pero se mantienen diferenciadas la función de defensa de la competencia en el *Bundeskartellamt*.

La defensa de la competencia se configura como una política administrativa pública que distingue entre regulación de las conductas (aspecto reactivo) y la vigilancia de la estructura (aspecto preventivo). En el segundo de los aspectos, puede haber una cierta confluencia entre los poderes reguladores y los poderes de competencia puesto que determinar el grado de concentración de un sector tendrá que ver con el posterior comportamiento de los operadores y los consumidores. Así, se explica que en materia de concentraciones económicas el poder político a través del gobierno tenga una intervención desconocida cuando hablamos de la persecución de conductas ilegales. En este sentido, puede haber una clara conexión entre regulación y competencia. Sin embargo, cuando referimos a la regulación de las conductas, las autoridades de competencia se comportan más como un poder administrativo-judicial, aplicando las disposiciones de la Ley y persiguiendo y sancionando los incumplimientos. En nada se parece pues este

⁴⁸ Comisión Nacional de la Energía (CNE), «Informe sobre el Anteproyecto de Ley de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia», de 15 de marzo de 2012.

⁴⁹ Sobre la noción de regulación véase J. ESTEVE PARDO, «La regulación de la economía desde el Estado garante»; E. MALARET GARCÍA, «Administración pública y Regulación Económica», ambas contribuciones en *Actas del II Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, Santander, 2-3 de febrero de 2007, Thomson Aranzadi, 2007. Igualmente la colección *Derecho de la Regulación Económica* publicada por editorial IUSTEL, en especial vol. I, *Fundamentos e Instituciones de la Regulación*, Madrid, 2009; igualmente, J. L. MILLÁN PEREIRA, «Regulación económica, competencia e incentivos», en A. RUIZ OJEDA (dir.), *Fundamentos de Regulación y Competencia. (El diálogo entre Derecho y Economía para el análisis de las políticas públicas)*, Madrid, IUSTEL, 2013; A. BETANCOR RODRÍGUEZ, *Regulación: Mito y Derecho*, Madrid, Marcial Pons 2010.

poder reactivo frente a la regulación que necesariamente habrá de aplicarse hacia futuras conductas⁵⁰.

La relación entre competencia y regulación es especialmente conflictiva en la delimitación de los sectores regulados o los Servicios Económicos de Interés General. Por primacía del Derecho comunitario hemos procedido a eliminar los monopolios estatales y la titularidad pública de los servicios. El propio Tratado intenta delimitar la relación entre competencia y regulación en el art. 106.2 TFUE, donde se establece que los servicios de interés general quedan sujetos a las reglas de competencia en tanto que las mismas no impidan cumplir la misión a ellos confiada. En otras palabras, una aplicación matizada de la competencia sobre la regulación sectorial para algunos casos. Como la normativa europea no establece esos casos, el casuismo judicial determinará las fronteras entre una y otra técnica. Por ello, reunir a las dos funciones —regulación y competencia— en un mismo organismo puede parecer algo extraño. La CNMC deberá decidir en qué casos la regulación prevalece sobre la competencia. O en qué casos la aplicación de las normas de competencia supone un obstáculo al cumplimiento del interés general encomendado, por ejemplo, a los operadores de telecomunicaciones. Si como se desprende del diseño orgánico, la sala de competencia prevalecerá sobre la de regulación, los conflictos de enfoque se solucionarían a favor del mercado y en detrimento de la regulación⁵¹.

El profesor PETITBÓ, persona especialmente calificada por su trayectoria profesional en este campo, analiza las varias opciones organizativas en la relación entre defensa de la competencia y regulación sectorial, partiendo de la premisa de que ambos tipos de organismos deben compar-

⁵⁰ Puede existir cierto paralelismo con la distinción trazada por el profesor SANTAMARÍA PASTOR acerca de la intervención previa y la regulación posterior. Muy agudamente, se subraya que: «lo que de verdad se esconde tras el poder de supervisión —y como agocan perfectamente los operadores económicos que desde hace largo tiempo están sometidos a ella— es, sin embargo, algo muy diferente: a cambio de una cierta ampliación del ámbito de iniciativa privada, la Administración ostenta el derecho a investigar y conocer todos los rincones del negocio, obligando incluso a los interesados a proporcionarle toda la información sobre su organización y actividad, y pudiéndole someter a procesos de inspección agotadores y prácticamente ininterrumpidos. [...] Se reserva el derecho a actuar *ex post facto*, suspendiendo y anulando las actuaciones ya realizadas al amparo de la supuesta libertad, pero sin haber proporcionado antes indicación alguna acerca de lo que se considera o no ajustado a Derecho; y, por supuesto, sancionando, todo ello en base a preceptos legales o reglamentarios de una considerable vaguedad. Desde el punto de vista de la seguridad jurídica —que obvio es decirlo, constituye un requisito indispensable para cualquier acción privada— el régimen de supervisión es, en la práctica muchas más restrictivo e inquietante que el clásico de intervención administrativa», J. A. SANTAMARÍA PASTOR, «Sectores regulados y competencia: un dilema complejo», J. A. SANTAMARÍA PASTOR, «Sectores regulados y competencia: un dilema complejo», en J. A. SANTAMARÍA PASTOR (dir.) y R. CABALLERO SÁNCHEZ (coord.), *Las técnicas de regulación para la competencia: una visión horizontal de los sectores regulados*, Madrid, IUSTEL, 2011, p. 28

⁵¹ «Hay determinadas actividades cuya realización correcta puede verse impedida o perturbada por la aplicación sin matices de las reglas de competencia; algo que resulta escasamente admisible para los entusiastas del liberalismo extremo, para los que la competencia no debe conocer frontera alguna. [...] Considerar la competencia como un valor absoluto, y a los monopolios como la encarnación misma del mal, es un reduccionismo sólo explicable en mentes económicas de deficiente formación y presas de un papanatismo pueblerino», J. A. SANTAMARÍA PASTOR, «Sectores regulados y competencia: un dilema complejo», J. A. SANTAMARÍA PASTOR, «Sectores regulados y competencia: un dilema complejo», en J. A. SANTAMARÍA PASTOR (dir.) y R. CABALLERO SÁNCHEZ (coord.), *Las técnicas de regulación para la competencia: una visión horizontal de los sectores regulados*, Madrid, IUSTEL, 2011, pp. 35 y 38.

tir un mismo objetivo: mejorar la eficiencia empresarial y el bienestar del consumidor⁵². Según terminología del Consejo de Estado⁵³, varias son las opciones posibles:

- a) «*Regulador multisectorial*»: Integración de los organismos reguladores manteniendo separada la actual CNC. Esta opción, a su juicio, fue descartada por no maximizar las sinergias que pueden alcanzarse con la integración de todos los organismos
- b) «*Regulador convergente*»: Integración de los organismos sectoriales dotándoles 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 a empresas de sectores regulados y no regulados
- c) «*Organismo único regulador*»: Integración de los organismos sectoriales en la CNC. Opción finalmente adoptada por considerar que puede maximizar las economías de escala y las sinergia, al tiempo que tiene un mayor potencial para la supervisión de los mercados.

A pesar de que formalmente la tercera de las opciones puede parecer la finalmente adoptada en la Ley 3/2013, en realidad se mantiene el modelo alemán (opción a), al separar en el seno de la CNMC dos salas: la de competencia y la de supervisión reguladora. Puede ser cierto que se aumentan los poderes de competencia sobre los reguladores sectoriales que —junto con la pérdida de funciones en favor de las estructuras ministeriales— verán mermada su capacidad. La CNMC actuará como paraguas común, con una preponderancia de la sala de competencia. Si se quiere una imagen gráfica, la CNC ha lanzado una opa sobre los reguladores sectoriales.

La sujeción de la regulación sectorial a las normas de defensa de la competencia, sin más, puede arrojar numerosos problemas. La regulación sectorial es mucho más compleja que el análisis económico de los mercados, el comportamiento de los operadores y la eficiencia de los precios. Como la crisis económica ha puesto dramáticamente de manifiesto, los mercados no se regulan por sí mismos y logran un equilibrio eficiente⁵⁴. Más aún en sectores con fuertes fallos de mercado y costes hundidos de las infraestructuras en red. Para el regulador sectorial puede ser más importante garantizar un margen adecuado de beneficio que asegure las inversiones y la continuidad del servicio que no la rebaja de precios y la asignación eficiente de recursos. Lo mismo puede decirse para conceptos como el servicio universal asequible, la garantía de suministro, la protección de los consumidores, etcétera⁵⁵.

⁵² A. PETITBÓ, «Un horizonte nuevo para la competencia y la regulación», *Anuario de la Competencia 2011-2012*, ICO-Servicio de Publicaciones de la UAB, 2012.

⁵³ Dictamen del Consejo de Estado al Anteproyecto de Ley de creación de la CNMC, Dictamen 870/2012 de 13 de septiembre de 2012.

⁵⁴ Incluso el padre del análisis económico del Derecho, Richard POSNER reconoce las insuficiencias del paradigma. R. POSNER, *La crisis de la democracia capitalista*, Madrid, Marcial Pons, 2012.

⁵⁵ La innegable complejidad del asunto puede verse en una reciente reflexión sobre la economía y el Derecho, A. RUIZ OJEDA (dir.), *Fundamentos de Regulación y Competencia. (El diálogo entre Derecho y Economía para el análisis de las políticas públicas)*, Madrid, IUSTEL, 2013.

Es cierto que todas las consideraciones regulatorias *no-de-mercado*, pueden conferirse al poder administrativo con legitimidad democrática. A los técnicos correspondería aplicar solo aquello que haya decidido la Administración. Pero ello nos lleva, de nuevo, al viejo modelo regulador donde las decisiones regulatorias responden a intereses electorales o ideológicos, lejos de la legitimidad técnica y la estabilidad que requieren los mercados. De hecho, la unión de la competencia con la regulación supone, en el caso español, un fuerte debilitamiento de esta última y revela que el legislador, al final, tampoco cree en demasía en el modelo de autoridades reguladoras independientes.

También es digna de consideración la disonancia entre competencia y regulación económica para las situaciones posmonopolistas. En los sectores liberalizados, el mercado debe recrearse o crearse *ex novo*. No se trata de aplicar las reglas de competencia que prohíben determinadas conductas ilegales. Se trata de una cuestión mucho más compleja: hacer nacer un mercado donde no existía. En este sentido, a diferencia de la desmonopolización, la liberalización es un proceso complejo y largo. La liberalización significa la recreación de competencia en sectores donde esta no existía. Sólo con la posibilidad de entrada de nuevos competidores, no se convierte un sector en liberalizado sino que hace falta una política administrativa dirigida a crear las condiciones de fragmentación y libertad necesarias para poder hablar de un verdadero mercado. La liberalización demuestra, además, que la protección de los mercados puede necesitar de medidas anti-mercado, en contra de lo que propugnan los economistas neoliberales. A título de ejemplo, la presencia en un mercado posmonopolista de un gran operador dominante (heredero del servicio público), puede hacer necesaria la adopción de medidas de ineficiencia económica para garantizar la entrada de nuevos operadores. Este es el caso con la fijación de los precios de comercialización del ADSL en España donde lo importante era limitar la capacidad de oferta del grande para permitir la entrada de los *newcomers*. La medida era pues claramente anticompetitiva e ineficiente, pero liberalizadora. MONTERO PASCUAL explica la cuestión desde la perspectiva del tránsito de la regulación a la competencia:

«la evolución de los mercados ha generado dudas sobre el planteamiento inicial del proceso de liberalización. Los mercados basados en infraestructuras en red demuestran una fuerte tendencia a adoptar una estructura de oligopolio con una competencia reducida. El número de operadores presentes en ambos mercados es limitado. La homogeneidad de los principales productos y la transparencia de los precios junto con las barreras de entrada y salida de los mercados en red introducen una fuerte tendencia a la colusión tácita entre operadores. El Derecho de la competencia siempre se ha topado con dificultades a la hora de limitar comportamientos anticompetitivos en los mercados de estructura oligopolística. El riesgo de colusión entre un número reducido de operadores es excesivamente elevado. La intervención en defensa de la competencia puede impedir la celebración de acuerdos concretos en un momento determinado pero no resulta eficaz para actuar contra acuerdos tácitos, prácticamente inevitables. Por este motivo, no cabe excluir automáticamente la pertinencia de la regulación

en esos mercados. Cuando el mercado falla, las normas de defensa de la competencia pueden impedir abusos, pero únicamente una intervención reguladora puede garantizar a largo plazo la satisfacción del interés general. Quizás la defensa de la competencia y la regulación deban coexistir en aquellos mercados que, por su importancia para el interés general, y por la ausencia de una competencia efectiva, las autoridades públicas no puedan descuidar»⁵⁶.

En un trabajo reciente, TRILLAS analiza la diferencia entre complementariedad y sustituibilidad en la regulación competitiva de las *utilities*⁵⁷. De hecho, como él indica, se produce complementariedad entre varios reguladores de industrias en red pero sustituibilidad entre regulación y competencia. A modo de ejemplo, la regulación de entrada en el sector de las telecomunicaciones puede realizarse tanto a través de la regulación sectorial como mediante normas de defensa de la competencia. Se revela una tensión entre competencia estática y competencia dinámica. Ante ello, el autor concluye:

«la política de competencia y la regulación son ejemplos de políticas públicas que tienen objetivos e instrumentos diferentes pero que se superponen e interactúan. En la mayoría de los países, se producen esfuerzos para lograr una mayor coordinación, siendo la integración de las agencias sólo una opción extrema para lograrlo [...]. Las políticas de defensa de la competencia y la de regulación de las industrias liberalizadas deben coordinarse. Sin embargo, hay pocos ejemplos en el mundo donde esta coordinación se logre con la plena integración de las agencias reguladoras y las de defensa de la competencia. La razón es que hay razones fundadas de política pública y de incentivos para mantener agencias separadas con diferentes cometidos. A pesar de que la influencia de la decisión de mantener separado vs. integrar, sobre la captura del regulador es ambigua, según la doctrina, en países con grandes empresas muy poderosas con ambiciones de convertirse en “*national champions*” tanto en ámbito nacional e internacional, dichas empresas podrían preferir cuantos menos reguladores mejor y mantener a los mismos lo más cercanos al ámbito del poder ejecutivo. Las empresas que ya están en el mercado tienen estrategias a largo plazo sobre conexiones políticas y expansión internacional, y por ello pueden preferir tener una sola agencia para relacionarse, con independencia de su tamaño, así como con el gobierno que sigue tomando la mayoría de las decisiones relevantes»⁵⁸.

Como explican ARIÑO y DE LA CUÉTARA, a propósito del Informe de la CMT sobre el Anteproyecto:

⁵⁶ J. J. MONTERO PASCUAL. «Regulación económica y Derecho de la Competencia. Dos instrumentos complementarios de intervención pública para los mercados de interés general», en A. RUIZ OJEDA (dir.), *Fundamentos de Regulación y Competencia. (El diálogo entre Derecho y Economía para el análisis de las políticas públicas)*, Madrid, IUSTEL, 2013, pp. 107-108.

⁵⁷ F. TRILLAS, «The institutional architecture of regulation and competition: Spain's 2012 reform», IESE Public-Private Sector Research Center Working Paper WP-1067-E, abril de 2013. Disponible en <http://www.iese.edu/research/pdfs/WP-1067-E.pdf>. Véase también F. NAERT, «Competition authorities and regulators in Belgium: Hierarchy vs. Cooperation», *Competition and Regulation in Network Industries*, vol. 10 (2), 2009. Disponible en http://www.crninet.com/pdf_file/ITS/CRNI_10_02_0139.pdf.

⁵⁸ TRILLAS, *op. cit.*, p. 20.

«En lo esencial, se trata de que ambas autoridades actúan en situaciones y con objetivos diferentes. La autoridad de defensa de la competencia actúa en mercados donde la libre iniciativa y la competencia están ya implantados y se rigen sin mayores problemas por la regla de la libertad de comercio e industria; los reguladores sectoriales actúan, en cambio, en mercados donde la competencia es incipiente, débil o insuficiente (por su reciente liberalización, o por la existencia en su seno de fallos de mercado, economías de red, monopolios naturales, etc.), mercados en los que se requieren medidas estructurales correctoras para recrear la competencia y se basan en instituciones que exigen una normativa propia. En cuanto a sus objetivos, aunque ambos organismos comparten el fin último de alcanzar un nivel de competencia sana y eficiente, los reguladores sectoriales deben alcanzar otros fines que son ajenos a la autoridad de la competencia: la consecución del servicio universal (de comunicaciones, de abastecimiento energético...), la introducción ordenada de nuevas tecnologías, o la protección de los usuarios, entre otros»⁵⁹.

Y no por el hecho de reunir en un mismo edificio a los varios técnicos se produce automáticamente una coordinación de políticas públicas.

Como colofón a lo dicho, hay que analizar también la perspectiva de la propia jurisprudencia del TJUE, en referencia al caso *Deutsche Telekom* (STJUE de 14 de octubre de 2010. Asunto C-280/08 P). El caso refiere a la llamada compresión de márgenes (*margin squeeze*) en materia de telecomunicaciones por parte de un operador dominante y si tal práctica constituye un abuso de posición dominante. Más que el fondo del asunto —interesante como es— centraremos nuestra atención en el hecho de que la conducta declarada anticompetitiva y correspondientemente sancionada se hallaba autorizada por parte del regulador sectorial. Se trata pues de un caso claro de confluencia entre regulación y competencia. A este respecto, el Abogado General concluyó que:

«[...] La Comisión no puede estar vinculada por una resolución adoptada por un órgano nacional y la autorización de este órgano no impide que la Comisión pueda apreciar la existencia de explotación abusiva a la luz del art. 82 CE, meramente por una supuesta falta de imputabilidad. De hecho, la competencia de la Comisión se basa directamente en el Tratado y en el Reglamento núm. 17, y, actualmente, en el Reglamento núm. 1/2003. Como también he mencionado antes, el marco regulador en cuestión completa las disposiciones normativas sobre la competencia y debe entenderse que ambas normativas son complementarias. Por último, como acertadamente alega la Comisión, una directiva basada en el art. 86 CE, apartado 3, no puede poner en tela de juicio, con respecto a la aplicación del art. 82 CE, la distribución de competencias establecida a nivel de Derecho primario en virtud de los arts. 83 CE y 85 CE. Finalmente, la Comisión ha establecido claramente en sus Directrices sobre análisis del mercado y evaluación del peso significativo en el mercado —algo que de hecho ya era cierto con respecto al marco jurídico anterior— que, en la práctica, no puede excluirse que surjan procedimientos paralelos con

⁵⁹ G. ARIÑO ORTIZ y J. M. DE LA CUÉTARA, «Reguladores sectoriales y defensa de la competencia. Una aportación al debate de su fusión», *Ariño & Villar WP*, núm. 42, 2012, p. 24.

arreglo a la regulación *ex ante* y a la legislación sobre competencia, y las autoridades de competencia podrán efectuar sus propios análisis del mercado e imponer las soluciones en paralelo con las medidas sectoriales que pueden aplicar las ARN.

[...] La recurrente alega que el principio de seguridad jurídica requiere que una empresa en posición dominante sujeta a regulación debe poder confiar en la legitimidad de esa regulación. Cuando las medidas adoptadas por las ARN no son compatibles con el art. 82 CE, la Comisión debería incoar un procedimiento contra el Estado miembro por incumplimiento de obligaciones y no contra la empresa en posición dominante. En mi opinión, el Tribunal General actuó correctamente al estimar que, aunque la RegTP, al igual que cualquier órgano del Estado, estaba obligada a respetar las disposiciones del Tratado CE, en el momento de los hechos, ella era la autoridad alemana encargada de aplicar la normativa sectorial en el ámbito de las telecomunicaciones, y no la autoridad de competencia del Estado miembro de que se trata. La analogía de las dos barreras utilizada en la argumentación de la Comisión es, a mi juicio, bastante apropiada en este contexto. La regulación constituye la primera barrera; se respeta cuando la recurrente cumple con los preceptos de la misma y es la RegTP quien valora este punto. El art. 82 CE constituye la segunda barrera, y —con independencia de la obligación de cumplir con las disposiciones del Tratado CE aplicables a la RegTP— forma parte de las atribuciones de la correspondiente autoridad de competencia —que en este caso es la Comisión— dilucidar cuando sea necesario si la segunda barrera ha sido respetada o no. Además, la recurrente no podía ignorar el hecho de que la regulación de las telecomunicaciones y la aplicación del art. 82 CE constituyen instrumentos independientes, incluso aunque ambos tengan como finalidad última promover la competencia. La recurrente se equivoca con respecto a la separación de los dos instrumentos cuando se acoge al apartado 61 de la Comunicación de acceso para argumentar que si la Comisión considera que las medidas adoptadas por la ARN no son compatibles con el art. 82 CE, debe incoar un procedimiento contra el Estado miembro por incumplimiento de sus obligaciones. Es cierto que la Comisión puede corregir de esta manera los errores en los que incurren los Estados miembros con respecto al marco de regulación, es decir, la aplicación insuficiente del marco regulador. Sin embargo, el presente procedimiento no tiene por objeto determinar si la RegTP incurrió o no efectivamente en tal error. Como acertadamente señaló la Comisión, el control sobre la aplicación del art. 82 CE no se traspa a la ARN, en sustitución de la Comisión»⁶⁰.

A lo que el Tribunal, al desestimar la casación, confirma la apreciación de la instancia por la que:

«En lo que atañe a la alegación según la cual la Comisión sometió las tarifas aplicadas por la recurrente a una doble regulación y vulneró así los principios de proporcionalidad y de seguridad jurídica, el Tribunal indicó, en particular, en el apartado 265 de la sentencia recurrida “Aunque no puede descartarse que las autoridades alemanas también hayan infringido el Derecho comunitario —y, en particular, lo dispuesto por la Directiva 90/388/CEE de la Comisión, de 28 de junio de 1990, relativa a la competencia en

⁶⁰ Conclusiones del Abogado General Jan Mazak de 22 de abril de 2010. Asunto C-280/08, aps. 19-21.

los mercados de servicios de telecomunicaciones— al optar por un reajuste progresivo entre tarifas de conexiones y de llamadas telefónicas, dicha infracción, si se demostrase, no eliminaría el margen de maniobra del que la demandante ha dispuesto efectivamente para reducir la compresión de márgenes”. “En la Decisión controvertida la Comisión sólo contempla las prácticas tarifarias de la demandante y no las Decisiones de las autoridades alemanas. Aun cuando la RegTp hubiese infringido una norma comunitaria y la Comisión hubiera podido incoar por ello un procedimiento por incumplimiento contra la República Federal de Alemania, ello no podría afectar en absoluto a la legalidad de la Decisión. En efecto, en esta Decisión la Comisión se limita a declarar que la demandante ha infringido el art. 82 CE, disposición que no incumbe a los Estados miembros, sino únicamente a los agentes económicos. Por tanto, la Comisión no incurrió en desviación de poder al realizar esta declaración sobre la base del art. 82 CE”».

De todo ello se desprende, pues, un principio de sujeción de las decisiones de las autoridades de regulación a los principios de competencia. O dicho en otras palabras, la prevalencia de la libre competencia por encima de la regulación y la imposibilidad por parte de los operadores económicos de evitar una condena por conducta anticompetitiva a pesar de que su comportamiento se ampare en una decisión del regulador sectorial. A juicio de FERNÁNDEZ TORRES, «el Tribunal intenta aclarar el ámbito de aplicación del Derecho de la competencia cuando existe, al mismo tiempo, una regulación sectorial específica. La aproximación que, sobre este aspecto, hace el derecho europeo difiere sustancialmente respecto del derecho norteamericano. En este último, el Tribunal Supremo en su sentencia de 13 de enero de 2004 viene a señalar que la presencia de un regulador sectorial exigiendo que se facilite un acceso a un bien o servicio intermedio, hace superflua, si no inadecuada, la aplicación del Derecho de la competencia para exigir o forzar el acceso al servicio. El Tribunal Supremo norteamericano distingue entre la finalidad de la regulación sectorial (eliminar monopolio) y el objetivo más modesto del derecho de la competencia (disuadir de la realización de conductas ilícitas) considerando que ambos objetivos deben permanecer separados. Posteriormente en la sentencia *Linkline* de 25 de enero de 2009, el Tribunal aplica la doctrina de *Trinko* y concluye que una práctica de compresión de márgenes no constituye una infracción autónoma de la *Sherman Act*. Por el contrario, el Tribunal de Justicia Europeo ha optado por un planteamiento radicalmente diferente entendiendo que ambas normas son complementarias y que cuando el operador dispone de margen de autonomía empresarial debe aplicársele el derecho de la competencia. En nuestra opinión, la solución propuesta por el Tribunal plantea un grave problema de seguridad jurídica y de falta de claridad de los ámbitos de aplicación de unos y otros marcos regulatorios»⁶¹.

En definitiva, el complejo problema de la interacción entre regulación sectorial y defensa de la competencia se salda a nivel europeo con la prevalencia

⁶¹ I. FERNÁNDEZ TORRES, «Regulación sectorial y derecho de la competencia: compresión de márgenes en el mercado de telecomunicaciones (STJUE de 14 de octubre de 2010, Deutsche Telekom)», en E. GARCÍA DE ENTERRÍA y E. ALONSO GARCÍA (coords.), *Administración y Justicia: un análisis jurisprudencial. Liber Amicorum al Profesor T. R. Fernández Rodríguez*, Madrid, Civitas, 2012, p. 3208.

de esta última. Los principios de libre mercado sustituyen a los de regulación, de manera que puede sancionarse al operador que incurra en conducta anti-competitiva incluso si esta resulta de la aplicación de una regulación administrativa. Esta zona gris de inseguridad jurídica no necesariamente desaparece por el hecho de integrar en una sola institución los dos instrumentos. En cualquier caso, el Pleno del Consejo de la CNMC deberá dirimir los conflictos.

G. ¿IMPLICA LA CREACIÓN DE LA CNMC LA SUSTITUCIÓN DE LOS ACTUALES CONSEJEROS?

Una de las cuestiones más controvertidas de la nueva legislación —una especie de pecado original que pone toda la reforma bajo sospecha— es la continuidad de los miembros de las Comisiones que ahora se van a fusionar. Efectivamente, hay quien ha querido ver en la reforma un deliberado intento para remover de sus puestos a presidentes nombrados por parte de gobiernos anteriores, presidentes, todo sea dicho, con claro perfil político. Así, para la CMT se nombró el 10 de mayo de 2011 a Bernardo Lorenzo Almedros; para la CNE a Alberto Lafuente Félez el 15 de junio de 2011 y finalmente para la CNC el 14 de octubre de 2011 a Joaquín García Bernaldo de Quirós. Siendo el mandato de todos ellos de seis años, estarían en sus cargos (salvo causa de cese), hasta el año 2017. El 20 de noviembre de 2011 se celebraron en España elecciones generales con la obtención del Partido Popular de una holgada mayoría absoluta y el inicio de la X legislatura de las Cortes Generales. La sustitución del Gobierno de J. L. Rodríguez Zapatero (PSOE) por el de Mariano Rajoy (PP), se confrontaba pues con la permanencia en sus puestos de tres presidentes de Comisiones reguladoras tan importantes y con temas muy sensibles para el gobierno.

De hecho, podemos comparar la situación con la prevista en una anterior reforma que afectaba a los organismos reguladores: la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible. Los cambios en la configuración institucional de los mismos no afectó a la permanencia en los cargos de los anteriores presidentes. Así se entiende la Disposición adicional 9.^a de la LES con el título de Adaptación de la composición del número de miembros del Consejo de los Organismos Reguladores y de la Comisión Nacional de la Competencia. En el apartado segundo de la disposición se prevé que la designación de nuevos Presidentes de los Organismos tendrá lugar a partir del momento en que expire el mandato de los actuales Presidentes, y la de nuevos Consejeros a partir del momento en que el número de Consejeros cuyo mandato no haya expirado sea inferior a seis.

En definitiva, la *voluntas legislatoris* y el espíritu de la Ley era la continuidad de los miembros de los Organismos en su cargo hasta la expiración de su mandato. Ninguna sospecha pues de utilización de la reforma para fines más o menos inconfesables⁶².

⁶² Denunciaba este hecho a propósito de la renovación de la Corporación Catalana de Medios Audiovisuales el profesor MILIAN I MASSANA, «Garanties estatutàries i la CCMA», *Avui*, 11 de mayo de 2010. Disponible en <http://www.jordipujol.cat/files/articles/milianmassana.pdf>.

La cuestión en la Ley 3/2013 se regula de forma diametralmente opuesta. La DA 2.^a prevé la extinción de los organismos una vez se haya procedido a aprobar el Estatuto Orgánico de la CNMC y el nombramiento de miembros del Consejo. Este calendario de acontecimientos se regula en la DA 1.^a con la siguiente sucesión de hechos:

«1. Inmediatamente después de la aprobación del Estatuto Orgánico, el Ministro de Economía y Competitividad propondrá al Gobierno el nombramiento de los miembros del Consejo, quienes comparecerán ante el Congreso, que tendrá un mes para vetarlos en los términos del art. 15 de esta Ley.

2. En el plazo de 20 días desde la publicación del real decreto de nombramiento de los miembros del Consejo, se procederá a la constitución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, a través de la constitución del Consejo. Una vez constituido, el Consejo procederá a nombrar al Secretario.

3. Constituida la Comisión, el Consejo contará con el plazo de un mes para llevar a cabo las siguientes acciones:

a) Nombramiento del personal directivo, de acuerdo con lo establecido en el art. 26.3 de esta Ley.

b) Elaboración del Reglamento de funcionamiento interno.

c) Integración de medios personales y materiales que correspondan a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

4. La puesta en funcionamiento de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, que implicará el ejercicio efectivo por parte de sus órganos de las funciones que tienen atribuidas, se iniciará en la fecha que al efecto se determine por orden del Ministro de Economía y Competitividad y, en todo caso, en el plazo de cuatro meses desde la entrada en vigor de esta Ley. En esta fecha se tendrá que haber producido la transferencia del personal y de los medios presupuestarios suficientes para el desempeño de las funciones recogidas en esta Ley».

No hay duda, pues, de que la reforma, intencionadamente o no, supone el cese de todos los actuales Presidentes y Consejeros de organismos reguladores, que serán sustituidos en breve por otros nombrados por el nuevo gobierno (véase acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de agosto de 2013). Con ello, pues, se consigue una enorme celeridad en el proceso de reforma y la reducción al mínimo del periodo de transición hacia el nuevo organismo. Y con ello, la sustitución fulminante de los actuales presidentes nombrados en 2011.

H. ¿ES COMPATIBLE LA NUEVA CNMC CON LA EXISTENCIA DE ORGANISMOS AUTONÓMICOS DESCENTRALIZADOS?

Como es sabido, el TC declaró en su STC 208/1999, de 11 de noviembre, la posibilidad de que las CC. AA. realizaran la aplicación de la defensa de la competencia cuando la afectación al mercado fuera puramente local ⁶³.

⁶³ Véase igualmente la STC 31/2010 sobre el Estatut de Autonomia de Catalunya que admite la intervención autonómica no solo en las conductas anticompetitivas sino también en las concen-

Ello dio origen a la asunción de competencias autonómicas en materia de defensa de la competencia, a la creación de las correspondientes autoridades y a la aprobación de la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de coordinación de las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia. El proceso de descentralización ha servido a lo largo de este tiempo para aligerar muchos asuntos de menor importancia de la CNC⁶⁴.

Los resultados de la descentralización varían fuertemente según la Comunidad que se analice. A juicio de MARCOS, «la mayor proximidad y mejor conocimiento de los mercados locales por los órganos y autoridades autonómicas es la principal ventaja que cabe extraer del reconocimiento de competencias autonómicas en materia de defensa de la competencia. La cercanía debería suponer un acceso más fácil a la información, una información de más calidad y una reacción más rápida y menos costosa de las autoridades. Simultáneamente, ello permitiría que la Comisión Nacional de Competencia (CNC) centrara sus esfuerzos en la persecución de cárteles y prácticas anticompetitivas más dañinas y que distorsionan la competencia a nivel nacional. Además, la descentralización y multiplicación de autoridades administrativas encargadas de aplicar las normas puede introducir cierta competencia entre ellas, favoreciendo el aprendizaje mutuo y la innovación. Sin embargo, el ámbito de la descentralización de la aplicación de la legislación de defensa de la competencia en España deberá delimitarse en función de los costes de organización y coordinación de las diferentes autoridades, los costes de transacción para las empresas y de los beneficios esperados de sus actuaciones. Finalmente, la inmediatez de las autoridades autonómicas puede ser también su principal lastre, pues podría facilitar la presión política y la captura de estos órganos por los intereses empresariales locales»⁶⁵.

Lo cierto es que en tiempos recientes se ha asistido a la supresión de alguno de los organismos autonómicos inicialmente creados⁶⁶. Igualmente, los resultados de la Comisión de Reforma de las Administraciones Públicas (subcomisión de duplicidades) determina que «el Ministerio de Economía y Competitividad promoverá la firma de convenios de colaboración con las CC. AA. con el objeto de que sea la CNC la que asuma las funciones de defensa de la competencia en su totalidad o, al menos, las correspondientes

tracciones entre empresas que tengan un efecto puramente local. Es de interés también la reciente STC 71/2012, de 16 de abril que resuelve un conflicto positivo de competencias a propósito de la aplicación de la legislación de defensa de la competencia en el caso *Estación Sur de Autobuses de Madrid*.

⁶⁴ Las CC. A.A han conocido de 73 expedientes remitidos por la CNC (sobre un total de 89). Las Autoridades más activas en este tema han sido Cataluña (12 casos) y Andalucía (16 casos). En 12 casos, la CNC ha resuelto procedimientos instruidos por las autoridades autonómicas (Madrid 7; Canarias 4 y Murcia 1). Cfr. CNC, *Memoria de Actividades 2011-2012*.

⁶⁵ F. MARCOS, «Autoridades autonómicas de defensa de la competencia en vías de extinción», Universidad San Pablo CEU. Instituto Universitario de Estudios Europeos - Centro de política de la competencia. Documento de trabajo, Serie política de la competencia, núm. 31/2012, pp. 6-7.

⁶⁶ Así lo han hecho, Madrid, Castilla-La Mancha y Valencia. Lo discuten Galicia y Castilla-León.

a la fase de resolución de los expedientes sancionadores, lo que permitiría prescindir de organismos con el consiguiente ahorro, manteniendo en su integridad las labores de prevención, inspección y sanción»⁶⁷.

Formalmente, la Ley 3/2013 y la nueva CNMC nada especifican sobre el particular. El silencio a la hora de asignar funciones al Consejo o a las Salas en relación con la aplicación de la Ley 1/2002 resulta, sin embargo, algo desconcertante. Además, según recoge el art. 1.3 de la Ley «[...] la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ejercerá sus funciones en todo el territorio español y en relación con todos los mercados o sectores económicos». El artículo proviene del antiguo art. 12 de la Ley 15/2007, que reproduce su tenor literal suprimiendo, empero, cualquier concordancia con la Ley 1/2002.

Directamente, pues, no se produce una centralización de la política de defensa de la competencia, sino un cuestionamiento general del modelo de descentralización adoptado hasta el momento. Según nuestra opinión, la propia Comisión de Reforma manifiesta este enfoque cuando propugna la necesidad de «Prever de forma expresa la incorporación autonómica a los organismos del Estado existentes en ámbitos materiales de especial incidencia para las competencias o intereses de las CC. AA., y ello con el objeto de buscar fórmulas más eficaces para el ejercicio coordinado de las respectivas funciones para poder alcanzar una mayor integración de los medios humanos y materiales disponibles»⁶⁸. (Subcomisión de Administración Institucional). Ya hemos tenido ocasión de advertir sobre la diferencia entre el modelo coordinado y el modelo participativo en otra sede:

«Existe la posibilidad de reconducir la pluralidad de Administraciones con competencia en una materia mediante la composición plural de los mismos órganos del Estado. En este caso, no estamos ante una técnica administrativa relacional sino ante una interpretación integradora de las previsiones constitucionales recogidas en el art. 2 CE. Efectivamente, los órganos administrativos estatales de composición plural consiguen el mismo objetivo que la coordinación administrativa pero superan la dualidad de Administracio-

⁶⁷ Véase el informe completo de la Comisión de Reforma de las Administraciones Públicas en <http://www.seap.minhap.gob.es/dms/es/index/bannersTematicos/INFORMELIBRO/INFORME%20LIBRO.PDF>. Sin embargo para RUIZ PERIS, «el ahorro no es un argumento plausible para justificar la eliminación de las autoridades autonómicas de competencia y tampoco lo es un posible e injustificado miedo a la competencia y a las consecuencias que pueden derivarse de la actuación de autoridades independientes que pretendan preservarla y mantenerla que solo podría ser justificado desde el reconocimiento de la captura privada de las Comunidades Autónomas —que no creo existente o que en todo caso no debería existir— y desde un cierto temor social a verse involucradas en procedimientos de competencia por actuaciones inadecuadas, en particular en supuestos de protección de acuerdos entre competidores por medio de normas de rango inferior al legal o por simples actuaciones administrativas, ruptura de la igualdad de oportunidades en la contratación pública, o falta de análisis desde la perspectiva de la competencia de los efectos derivados de una regulación —que en ningún caso podrían justificar en un Estado de Derecho tales medidas», J. I. RUIZ PERIS, «La reforma institucional del Derecho de la competencia español», *Diario La Ley. Sección Doctrina*, núm. 7983 de 13 de diciembre de 2012 y 8002, de 16 de enero de 2013, p. 10.

⁶⁸ Comisión de Reforma de las Administraciones Públicas. <http://www.seap.minhap.gob.es/dms/es/index/bannersTematicos/INFORMELIBRO/INFORME%20LIBRO.PDF>.

nes que se mantienen en una situación de coordinación. La coordinación es una actuación administrativa externa a la propia organización mientras que la composición plural integra en la estructura orgánica las diferentes voluntades administrativas que pasan a manifestarse de forma única. La cultura administrativa tradicional en España no contempla la composición como principio de actuación de las Administraciones públicas. Sin embargo, ello no debe llevarnos a pensar que la misma no tiene cabida en el diseño constitucional sino todo lo contrario. Mientras que la coordinación resulta un principio de organización administrativa, la composición y la integración son verdaderos principios de alcance constitucionales»⁶⁹.

Este podría ser ahora el modelo que se propugna a través de la reforma de las Administraciones para el caso concreto de la defensa de la competencia. De nuevo, citando al profesor MARCOS:

«La reciente supresión de algunas autoridades autonómicas de defensa de la competencia debe conducir a reflexionar sobre la descentralización de la aplicación de la legislación *antitrust* en España y las competencias autonómicas en la materia. Este trabajo considera que aunque la supresión se está justificando en razones de ahorro por la actual coyuntura económica, en el fondo tiene causas más profundas. La crisis económica no ha hecho más que acelerar un proceso que era inevitable porque la organización institucional y los albores del ejercicio de esta competencia de las CCAA en la materia eran defectuosos. Aunque las competencias autonómicas y cierta descentralización en esta materia puedan estar justificadas, la mayoría de las CCAA no han realizado una reflexión previa sobre la necesidad y el sentido de las competencias que asumían. Naturalmente, tampoco hubo reflexión en la configuración y organización de las autoridades autonómicas que, en algunos casos, adquirieron un tamaño desproporcionado. Además, las actuaciones de los órganos resolutorios de algunas autoridades autonómicas han puesto de relieve la falta de independencia y la inexperiencia de sus integrantes. Y, por si lo anterior fuera poco, ni el sistema de reparto y asignación de competencias Estado-CCAA, ni algunas de sus actuaciones concretas (o de los gobiernos autonómicos) han favorecido que la mayoría de estas autoridades hayan legitimado y justificado su existencia. En suma, el ejercicio de las competencias de aplicación de la LDC por las CCAA requiere un replanteamiento que atienda a las necesidades y a la voluntad política autonómica en esta materia. Es bastante discutible en qué medida la aportación adicional de la intervención autonómica es positiva y eficiente. Indudablemente, sólo lo será si se concibe de una manera experta e independiente, ajena a las querellas políticas y empresariales locales, aglutinando quizás las competencias autonómicas en materia de consumo, de modo análogo a como hacen las autoridades de competencia en otros países (OFT británica o FTC estadounidense)»⁷⁰.

El resultado final tendrá su reflejo en la inminente aprobación de la Ley de Unidad de Mercado, actualmente en tramitación parlamentaria. Según

⁶⁹ C. PADRÓS REIG, «La estructura administrativa para la promoción y defensa de la competencia en Andalucía», *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 67, 2007.

⁷⁰ F. MARCOS, «Autoridades autonómicas de defensa de la competencia en vías de extinción», Universidad San Pablo CEU. Instituto Universitario de Estudios Europeos - Centro de política de la competencia. Documento de trabajo, Serie política de la competencia, núm. 31/2012, p. 15.

el texto del Proyecto de Ley⁷¹, se procederá a crear un Consejo para la Unidad de Mercado con participación de las Comunidades Autónomas. Este Consejo contará con una Secretaría encargada de tramitar reclamaciones de los operadores que pudieran ver vulnerado su derecho a la libre iniciativa económica o a la libre circulación y establecimiento. Resolverá la cuestión la autoridad designada por cada Comunidad en primera instancia y posteriormente podrá dirigirse a la CNMC. Así pues, las autoridades autonómicas de competencia se configuran como ventanillas o puntos de contacto capaces de resolver solamente en primera instancia y sujetas a la decisión final de la CNMC.

3. REFLEXIÓN FINAL

La cuestión de los reguladores sectoriales y la defensa de la competencia debe entenderse dentro de un proceso complejo de liberalización económica de sectores básicos para la sociedad. La introducción de competencia en antiguos monopolios estatales y la utilización de la competencia como mecanismo de garantía dinámica de prestación a los ciudadanos requiere una organización administrativa distinta de la tradicional Administración jerárquico-burocrática. Así lo ponen de relieve ARIÑO y DE LA CUÉTARA: «En el momento en que se está liberalizando un antiguo servicio público monopolizado y estatalizado, las “falsas liberalizaciones” emergen por doquier. Ello se debe a que Gobiernos quieren conservar los principales resortes de control sectorial, y lo hacen de forma disimulada. Pero eso no es “regulación para la competencia”; eso no es creíble; la credibilidad surge cuando son capaces de erigir una comisión reguladora dotada de plena independencia frente al Gobierno actual y los venideros. Esta es la piedra de toque de las liberalizaciones frente a las múltiples restricciones surgidas en la práctica, no sólo en los países en desarrollo, sino también en los países desarrollados, en Europa y en España»⁷². En este sentido, pues, la Ley 3/2013 presenta una cierta involución, o una vuelta al modelo administrativo tradicional, con devolución de competencias a los ministerios y con erosión a la legitimidad técnica de los reguladores sectoriales. Tal vez estamos ante un reconocimiento explícito de una evidencia: el ordenamiento español nunca ha terminado de interiorizar que no sea el gobierno quien dirija la política administrativa, según encarga la Constitución en su art. 97.

Lo cierto es que tanto en el caso del ferrocarril como en el del sector audiovisual y las comunicaciones electrónicas, la jurisprudencia europea (ya sea el TJUE o el TEDH) han determinado la necesidad de garantizar, por parte de los gobiernos, un estructura administrativa independiente. El regulador independiente del gobierno se erige pues como una exigencia de la regulación moderna. Ante todo ello, cabría plantearse la cuestión de si el

⁷¹ Proyecto de Ley de garantía de la unidad de mercado (121/000056), *BOCG*, Serie A, núm. 56-1, de 16 de julio de 2013.

⁷² G. ARIÑO ORTIZ y J. M. DE LA CUÉTARA, «Reguladores sectoriales y defensa de la competencia. Una aportación al debate de su fusión», *Ariño & Villar WP*, núm. 42, 2012, pp. 15-16.

modelo adoptado cumple verdaderamente las exigencias del Derecho europeo, cuestión acerca de la que ya expresara dudas la propia Comisión.

Además, el resultado final —un regulador multisectorial y de competencia— tiene muy complicado poder aunar en el seno de una misma institución situaciones regulatorias tan dispares como las telecomunicaciones, energía, transportes o el juego. Lo cierto es que pese a la referencia al modelo comparado, no existen en la actualidad homólogos europeos organizados de igual forma. Podría admitirse que de la jurisprudencia del TJUE se destila una cierta prevalencia del Derecho de la competencia sobre la regulación sectorial, como se ha demostrado en el caso *Deutsche Telekom* de 2010. De todos modos, la nueva CNMC supone junto a la prevalencia de los órganos de competencia, un correlativo debilitamiento tanto de la independencia de los organismos como una reducción de su ámbito de actuación. Asistimos pues a un doble proceso —en cierto modo incompatible—: involución hacia la administración ministerial y sometimiento de la regulación al libre mercado.

En general, podría hablarse de una absorción por parte de los órganos de competencia de las funciones de los reguladores sectoriales. Esta absorción, junto con la devolución a los departamentos ministeriales de algunas funciones, augura una CNMC de carácter más administrativo-burocrático que propiamente regulador. De hecho, resulta muy reveladora la diferencia de opinión entre la CNC y la CMT y la CNE en la lectura de los sendos informes sobre la reforma. Mientras que la CNC valora favorablemente la concentración de competencias, las demás la critican más o menos abiertamente. En palabras de la doctrina, «la fusión sólo se justifica desde una perspectiva organizativo-burocrática que no es la más adecuada para enfocar la reestructuración del sistema de reguladores independientes que hemos ido erigiendo poco a poco en nuestro país. El resultado de la fusión no será la creación de un “superregulador” que aproveche lo mejor de los reguladores sectoriales actuales y le añada la fuerza de la actual CNC; al contrario, las funciones regulatorias de la nueva CNMC resultarán muy devaluadas, transfiriéndose muchas de ellas a los Ministerios de Economía, Fomento e Industria. De este modo, el nuevo organismo se convertirá en un “supervisor general” en asuntos regulatorios, labor que afrontará, además, a partir de una cultura de defensa de la competencia, compatible pero distinta de la cultura regulatoria que precisa la resolución de los problemas de los grandes sectores estratégicos de nuestro país»⁷³.

Efectivamente, las normas de competencia y la regulación sectorial presentan elementos tanto de sustitución como de complementariedad. Como explica MONTERO PASCUAL, «muchos de los mecanismos de intervención propios de la regulación sectorial se han inspirado en las obligaciones de no hacer previstas en la disciplina de defensa de la competencia. La regulación refuerza la intervención pública y pasa de imponer obligaciones de

⁷³ G. ARIÑO ORTIZ y J. M. DE LA CUÉTARA, «Reguladores sectoriales y defensa de la competencia. Una aportación al debate de su fusión», *Ariño & Villar WP*, núm. 42, 2012, p. 33.

no hacer a exigir obligaciones de hacer. Entre esas obligaciones concretas, resulta evidente el paralelismo entre la prohibición de obstaculizar el acceso a las *essential facilities*, y la obligación positiva de conectar las redes. La regulación no sólo es capaz de imponer una obligación positiva, sino que agiliza activamente la entrada en el mercado de los nuevos competidores. En la misma línea, se encuentra la relación entre prohibición de precios excesivos o predatorios contenida en las normas de defensa de la competencia y la imposición de precios dispuesta en la regulación»⁷⁴.

Si a todos estos problemas de diseño institucional añadimos la cierta premura e improvisación para un asunto de tamaño complejidad, resulta, como dice RUIZ PERIS, que «el análisis sobre el impacto en la competencia de la fusión que realiza la memoria, parece poco meditado y, desde luego, escasamente argumentado, cuestión que debería ser solventada para analizar con el máximo detalle posible las efectivas consecuencias de una medida que, al fin y al cabo, afecta directamente a la preservación de una competencia efectiva y no falseada en el mercado. [...] De las decisiones adoptadas o propuestas ha sido excluido cualquier tipo de análisis de los efectos que producirán en la competencia y el mercado, partiendo de la presunción, no probada, de que estos serán irrelevantes y ello entraña un error metodológico que puede resultarnos muy caro como país. No debe emprenderse una reforma del calado de la que se pretende o de las que ya se han realizado sin valorar adecuadamente la relación ahorro en las cuentas públicas frente a perjuicios producidos al comportamiento eficiente del mercado»⁷⁵.

Existen todavía en el texto final elementos pendientes de desarrollo que son de suma importancia: desde el nombramiento del Presidente, a la ordenación entre Salas y Direcciones, el régimen de los recursos administrativos, la asignación de casos, la potestad de impugnar disposiciones administrativas de carácter general, etc. Todo ello de capital importancia y que deberá ser abordado por el Estatuto Orgánico y el Reglamento Interno que han de aprobarse en el futuro inmediato⁷⁶. Además, por descontado, del acierto acerca del perfil en el nombramiento de los nuevos consejeros y directores de la CNMC. Con un Consejo relativamente pequeño que deberá conocer de muchos y variados asuntos y con la rotación obligatoria de con-

⁷⁴ J. J. MONTERO PASCUAL, «Regulación económica y Derecho de la Competencia. Dos instrumentos complementarios de intervención pública para los mercados de interés general», en A. RUIZ OJEDA (dir.), *Fundamentos de Regulación y Competencia. (El diálogo entre Derecho y Economía para el análisis de las políticas públicas)*, Madrid, IUSTEL, 2013, p. 100.

⁷⁵ J. I. RUIZ PERIS, «La reforma institucional del Derecho de la competencia español», *Diario La Ley. Sección Doctrina*, núm. 7983 de 13 de diciembre de 2012 y 8002, de 16 de enero de 2013, p. 2.

⁷⁶ La CNC critica esta «deslegalización de la estructura organizativa». Ya no es el legislador sino el Gobierno quien concretará por parte de qué órganos y en qué términos se tramitarán los procedimientos. CNC «Informe IPN 70/12 sobre el Anteproyecto de Ley de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia», 15 de marzo de 2012. Incluso el Informe del MINETUR a una de las primeras versiones del texto tramitado reconoce que «si la determinación de la organización [...] se encomendase a la potestad reglamentaria, cabría poner en tela de juicio la existencia de una garantía suficiente de dicha independencia», Informe de la Secretaría General Técnica MINETUR de 19 de abril de 2012.

sejeros entre salas, se puede vislumbrar una dinámica de funcionamiento donde las decisiones se tomen realmente en el nivel técnico (direcciones y subdirecciones) donde residirá verdaderamente el poder decisorio, con una capacidad de veto político del Consejo. Pero si se analizan los ejes fundamentales de la reforma hay que concluir que la nueva CNMC ni es más independiente y neutral ni supone un ahorro significativo de recursos públicos ni garantiza, per se, una mayor seguridad jurídica a los operadores.

ADENDA

Casi un mes después de cerrado el texto original, se tiene noticia de la aprobación del Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la CNMC. Se impone pues un breve comentario de urgencia al mismo.

En primer lugar, el Estatuto reproduce en gran medida las disposiciones ya contenidas en la Ley de manera que presenta relativamente pocas novedades destacadas y remite ulteriores cuestiones a la aprobación del Reglamento de Funcionamiento Interno.

En segundo lugar, se refuerza a nuestro entender el carácter presidencialista de la institución con una vasta enumeración de las competencias del Presidente. Entre ellas destaca su voto dirimente. Corresponde igualmente al Presidente proponer el nombramiento de los Directores de Instrucción.

En cuanto a la organización interna en Pleno y Salas, el primero puede recabar para sí asuntos en los que considere que hay discrepancia (mayoría de seis votos a propuesta del Presidente o de tres consejeros). Se prevé un régimen de rotación entre Consejeros en las dos Salas, de manera que: ningún consejero puede estar adscrito permanentemente a una Sala, se impide la rotación en bloque de todos los consejeros integrantes de una y otra Sala y también la asignación de todos los consejeros nombrados en una renovación parcial a una misma Sala. Se detallan en los arts. 14 y siguientes las funciones asignadas a la Sala de Competencia y a la Sala de Supervisión.

Finalmente, en lo que refiere a la estructura de la CNMC, cabe decir que las Direcciones de Instrucción se organizan como sigue:

- Dirección de Competencia:
 - Subdirección de Industria y Energía.
 - Subdirección de sociedad de la información.
 - Subdirección de servicios.
 - Subdirección de cárteles y clemencia.
 - Subdirección de vigilancia.
- Dirección de Telecomunicaciones y sector audiovisual.
 - Subdirección de Regulación de Comunicaciones Electrónicas.
 - Subdirección de análisis de mercados de comunicaciones electrónicas.

- Subdirección de técnica de las comunicaciones electrónicas.
- Subdirección de Audiovisual.
- Dirección de energía:
 - Subdirección de energía eléctrica.
 - Subdirección de gas natural.
 - Subdirección de regulación económico-financiera y precios regulados.
 - Subdirección de mercados derivados de la energía.
- Dirección de transportes y sector postal:
 - Subdirección de tarifas aeroportuarias.
 - Subdirección del sector ferroviario.
 - Subdirección del sector postal.
 - Subdirección de análisis de los mercados.

Las funciones de promoción de la competencia se realizarán también por un departamento *ad hoc* dependiente de la presidencia. Existe también un singular departamento de control interno que ha de velar por que las actuaciones llevadas a cabo por la CNMC se realice de manera que se asegure un adecuado nivel de cumplimiento, eficacia y eficiencia en la consecución de sus objetivos. La figura resulta inédita en la organización administrativa española como instrumento de auditoría y evaluación interna.

El Presidente, el Vicepresidente, los Consejeros (8), los Directores de instrucción (4), los subdirectores de instrucción (17), el titular del Departamento de promoción de la competencia y sus subdirectores (3), el Secretario General y sus subdirectores (3), el Jefe de la asesoría jurídica, junto con el titular del departamento de control interno suman un total de 41 altos directivos que se regirán en materia retributiva por lo dispuesto en el Real Decreto 451/2012 de 5 de marzo, por el que se regula el régimen retributivo de los máximos responsables y directivos del sector público empresarial y otras entidades.

Igualmente, en la sesión de 30 de agosto de 2013, el Consejo de Ministros aprueba nombrar los siguientes miembros de la nueva CNMC:

PRESIDENTE: José María Marín Quemada. Doctor en Ciencias Económicas por la Universidad Complutense de Madrid, es Catedrático de Economía Aplicada-Política Económica por la UNEF y director del curso de Política Energética. Desde marzo de 2005 era consejero del Banco de España.

VICEPRESIDENTA: María Fernández Pérez. Licenciada en Ciencias Económicas por la Universidad Complutense de Madrid y pertenece a los Cuerpos Superior de Administradores Civiles del Estado y de Diplomados Comerciales del Estado. Fue subdirectora general de Competencia y Regulación Económica en el Ministerio de Economía y Hacienda y actualmente era directora de la Secretaría Técnica de la Comisión Delegada para Asuntos Económicos.

CONSEJEROS: Idoia Zenarruzabeitia Beldarraín. Licenciada en Derecho por la Universidad de Deusto. Fue Parlamentaria en el Parlamento Vasco y vicepresidenta y consejera de Hacienda y Administración Pública del Gobierno Vasco. Desde julio de 2011 era consejera de la Comisión Nacional de Energía.

Josep María Guinart Solá. Licenciado en Derecho por la Universidad de Barcelona en Ciencias Empresariales por ESADE y en Historia por la Universidad de Girona. Ha sido alcalde de L'Escala, vicepresidente de la Diputación de Girona y diputado nacional en el Congreso de los Diputados. Desde julio de 2011 era consejero de la Comisión Nacional de Energía.

Fernando Torremocha y García-Sáenz. Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Fue magistrado del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco y vocal del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia. Desde marzo de 2008 era vicepresidente de la Comisión Nacional de la Competencia.

Clotilde de la Higuera González. Licenciada en Derecho por la Universidad de Granada, pertenece al Cuerpo de Abogados del Estado. Como Abogada del Estado ha desempeñado sus funciones en los Ministerios de Transportes, Turismo y Comunicaciones, Economía y Hacienda y Justicia. Actualmente era Abogada del Estado-Jefe en el Ministerio de Economía y Competitividad.

María Ortíz Aguilar. Licenciada en Derecho por la Universidad Complutense, pertenece al Cuerpo Superior de Técnicos Comerciales y Economistas del Estado. Ha sido subdirectora general de Estudios del Tribunal de Defensa de la Competencia, subdirectora general de Asuntos Jurídicos y Relaciones Instituciones en la Dirección General de Defensa de la Competencia y consejera económica y comercial en la Representación española en la Unión Europea. Actualmente era subdirectora general de Competencia y Regulación Económica en el Ministerio de Economía y Competitividad.

Benigno Valdés Díaz. Licenciado en Economía por la Universidad de Oviedo y Doctor en Economía por la Universidad de Hampshire. Ha sido director general de IMDEA Ciencias Sociales. Actualmente es Catedrático de Teoría y Política Económica en ICADE y director general de la Fundación SEPI.

Eduardo García Matilla. Licenciado en Imagen por la Facultad de Ciencias de la Información de la Universidad Complutense de Madrid, perteneció durante veintiún años a las empresas del Ente Público RTVE, en la que fue director de Radio 3 y director adjunto de Radio Cadena. Fue presidente y consejero delegado de Corporación Multimedia.

Diego Rodríguez Rodríguez. Doctor en Ciencias Económicas por la Universidad Complutense de Madrid, en la que actualmente es profesor titular de Universidad en el Departamento de Economía Aplicada II. Ha realizado numerosos trabajos sobre competitividad, regulación y competencia en las telecomunicaciones europeas.

En fecha 27 de septiembre de 2013, en su primera reunión, el Consejo de la CNMC acordó nombrar a Beatriz de Guindos como directora de competencia. A pesar de tratarse de una funcionaria con larga experiencia en órganos de defensa de la competencia en España, se criticó su parentesco (sobrina) con el Ministro de Economía. Al cabo de un día de su nombramiento, presentó su renuncia. Micaela Arias-Cañete, hija del actual ministro de Agricultura, ocupará el puesto que deja vacante Beatriz de Guindos, de la que ya era su segunda. El nuevo equipo de competencia cuenta además con Jordi Fornells (subdirector de sociedad de la información), María Jesús Mazo (subdirectora de servicios), Isabel López (subdirectora de cárteles) y Carmen Lillo (subdirector de vigilancia). Todos ellos trabajaban ya en la CNC, donde han desarrollado su carrera profesional.

El *BOE* del sábado 5 de octubre publicó la Orden ECC/1796/2013, de 4 de octubre, por la que se determina la fecha de puesta en funcionamiento de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, cuyo artículo único dispone que su puesta en funcionamiento «se iniciará el 7 de octubre de 2013».

BIBLIOGRAFÍA

- ARIÑO ORTIZ, G. (2006): *Energía en España y desafío europeo*, Granada, Comares.
- ARIÑO ORTIZ, G., y DE LA CUÉTARA, J. M. (2012): «Reguladores sectoriales y defensa de la competencia. Una aportación al debate de su fusión», *Ariño & Villar WP*, núm. 42, disponible en <http://www.arinoyvillar.com/libros/WPweb/WP42.pdf>.
- COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES: «Informe sobre el Anteproyecto de Ley de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia» (MTZ 2012/398).
- COMISIÓN NACIONAL DE LA ENERGÍA: «Informe sobre el Anteproyecto de Ley de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia» de 15 de marzo de 2012.
- COCCIOLO, E. E., y PADRÓS REIG, C. (2010): «La doctrina del TJCE sobre las acciones de oro entre la construcción del mercado interior y los retos de la intervención pública en los mercados globales», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 33.
- COSTAS, A. (2013): «Una fusión explosiva», *El País*, 3 de marzo.
- ESTEVE PARDO, J. (2007): «La regulación de la economía desde el Estado garante», *Actas del II Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, Santander, 2-3 de febrero, Thomson Aranzadi.
- FERNÁNDEZ TORRES, I. (2012): «Regulación sectorial y derecho de la competencia: compresión de márgenes en el mercado de telecomunicaciones» (STJUE de 14 de octubre de 2010, Deutsche Telekom), en GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y ALONSO GARCÍA, E. (coords.), *Administración y Justicia: un análisis jurisprudencial. Liber Amicorum al Profesor T. R. Fernández Rodríguez*, Madrid, Civitas.
- FERNANDO PABLO, M. M. (2012): «El Legislador nacional no puede eliminar o limitar el ámbito discrecional concedido a una Autoridad Nacional de Regulación por el derecho comunitario», en GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y ALONSO GAR-

- cía, E. (coords.), *Administración y Justicia: un análisis jurisprudencial. Liber Amicorum al Profesor T. R. Fernández Rodríguez*, Madrid, Civitas.
- INDIREG: «Indicators for independence and efficient functioning of audiovisual media services regulatory bodies - a study conducted on behalf of the European Commission», cuyo informe final fue presentado en noviembre de 2011. Disponible en www.indireg.eu.
- MALARET GARCÍA, E. (2007): «Administración pública y Regulación Económica», en *Actas del II Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, Santander, 2-3 de febrero de 2007, Thomson Aranzadi.
- MARCOS, F. (2012): «Autoridades autonómicas de defensa de la competencia en vías de extinción», Universidad San Pablo CEU. Instituto Universitario de Estudios Europeos - Centro de política de la competencia. Documento de trabajo, Serie política de la competencia, núm. 31.
- MONTERO PASCUAL, J. J. (2008): «La Decisión de la Comisión Wanadoo contra Telefónica. La compleja relación entre regulación y competencia», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 2.
- (2013): «Regulación económica y Derecho de la Competencia. Dos instrumentos complementarios de intervención pública para los mercados de interés general», en RUIZ OJEDA, A. (dir.), *Fundamentos de Regulación y Competencia. (El diálogo entre Derecho y Economía para el análisis de las políticas públicas)*, Madrid, IUSTEL.
- NAERT, F. (2009): «Competition authorities and regulators in Belgium: Hierarchy vs. Cooperation», *Competition and Regulation in Network Industries*, vol. 10(2), disponible en http://www.crninet.com/pdf_file/ITS/CRNI_10_02_0139.pdf.
- OCDE (2005): «Designing independent and accountable regulatory authorities for high quality regulation», Proceedings of an Expert Meeting in London, United Kingdom, 10-11 January.
- OCDE Global Forum on Competition: «The objectives of competition law and policy and the optimal design of a competition agency. Spain», Documento CCNM/GF/COMP/WD(2003)28.
- PADRÓS REIG, C. (2008): «El marco institucional de la defensa de la competencia», en MAILLO GONZÁLEZ-ORUS, J., y BENEYTO, J. M., *Comentarios a la Ley de Defensa de la Competencia*, Barcelona, Bosch.
- (2012): «Las características de la Administración pública reguladora del sector audiovisual», *Administración y Justicia: un análisis jurisprudencial. Liber Amicorum al Profesor T. R. Fernández Rodríguez*, Madrid, Civitas.
- (2013): «Liberalización económica y transformación de la Administración pública: el caso del ferrocarril en la jurisprudencia reciente del TJUE», *Revista de Derecho del Transporte*, núm. 12.
- (2013): «Objetividad, predictibilidad y determinación normativa. Los poderes normativos “ad extra” de las autoridades de defensa de la competencia en el control de los cárteles», Universidad San Pablo CEU. Instituto Universitario de Estudios Europeos - Centro de política de la competencia. Documento de trabajo, Serie política de la competencia núm. 38.
- PADRÓS REIG, C., y COCCIOLO, E. E. (2010): «Security of Energy Supply: when can national measures prevail over European Law», *Energy Law Journal*, vol. 31, núm. 1, abril.
- PEDRAZ CALVO, M., y RUBÍ NAVARRETE, J. (2002): «Delimitación de competencias entre los órganos horizontales de defensa de la competencia y los órganos reguladores sectoriales», *Anuario de la Competencia 2001*, Madrid, ICO-Marcial Pons.
- PETITBÓ, A. (2012): «Un horizonte nuevo para la competencia y la regulación», *Anuario de la Competencia 2011-2012*, ICO-Servicio de Publicaciones de la UAB.

- POSNER, R. (2012): *La crisis de la democracia capitalista*, Madrid, Marcial Pons.
- RUIZ OJEDA, A. (dir.) (2013): *Fundamentos de Regulación y Competencia. (El diálogo entre Derecho y Economía para el análisis de las políticas públicas)*, Madrid, IUSTEL.
- RUIZ PERIS, J. I. (2013): «La reforma institucional del Derecho de la competencia español», *Diario La Ley. Sección Doctrina*, núm. 7983, de 13 de diciembre de 2012 y 8002 de 16 de enero de 2013.
- SALA ARQUER, J. M. (2011): «Las relaciones y delimitación de funciones entre los organismos reguladores sectoriales y las autoridades de defensa de la competencia», en GUILLEN CARAMÉS, J. (coord.), *Derecho de la competencia y regulación en la actividad de las administraciones públicas*.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (2011): «Sectores regulados y competencia: un dilema complejo», en SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (dir.), y CABALLERO SÁNCHEZ, R. (coord.), *Las técnicas de regulación para la competencia: una visión horizontal de los sectores regulados*, Madrid, IUSTEL.
- TRILLAS, F. (2013): «The institutional architecture of regulation and competition: Spain's 2012 reform», *IESE Public-Private Sector Research Center Working Paper WP-1067-E*, abril 2013, disponible en <http://www.iese.edu/research/pdfs/WP-1067-E.pdf>.

THE USE OF ECONOMIC THEORY AND EVIDENCE IN *UNIVERSAL MUSIC GROUP/EMI MUSIC*

Enrique ANDREU and Jorge PADILLA*
Economists at Compass Lexecon

1. INTRODUCTION

This paper provides a review of the economic and econometric analysis carried out by the European Commission («Commission») in its assessment of the merger between Universal Music Holdings Limited («Universal») and the recorded music business of EMI Group («EMI»). The merging parties were active in discovering, developing and promoting recording artists as well as in recording and commercializing their music. The proposed acquisition was notified in February 2012. The merger was set to reduce the number of «major» recording companies from four to three. The Commission opened a Phase II inquiry in March 2012 and cleared the deal in September 2012 subject to remedies.

The *Universal Music Group/EMI Music* merger is of interest because it is one of the few Phase II cases where the Commission has proactively relied on economic evidence and because the Commission's theory of harm was novel, or at least not purely structural.

The Commission's competitive assessment focused on the market for the wholesale of digital music to retailers. The Commission was concerned that the merger would have allowed Universal, with nearly half of the available music in its hands post-merger, to extract better terms and conditions from digital music retailers, thereby reducing retailers' incentive to innovate and invest, and harming end-consumers. The Commission's theory of harm was based on a bargaining framework, whereby additional music repertoire provides decreasing to the value of a platform. This framework predicted an anti-competitive «size effect»: large recording companies have greater

* We advised EMI Group during the Commission's review of Case M.6458 *Universal Music Group/EMI Music*. However, the opinions in this paper are our own and should not be interpreted as representing the views of Compass Lexecon's clients or other Compass Lexecon economists. We are thankful to Manuel MERTEL and Sergey KHODJAMIRIAN for their assistance. All errors are our sole responsibility.

bargaining power than small recording companies, and are therefore able to extract better wholesale terms.

The Commission's theory of harm was supported by respondents to the market test. Most digital customers (13 out of 16) said that the size of a record company increases its bargaining power. Furthermore, the Commission analysed the commercial terms that Universal and EMI obtain from different download platforms and found that Universal obtains better terms on various key parameters. The Commission also performed a price-concentration regression analysis which allegedly confirmed its concerns: large recorded music companies enjoy considerable bargaining position vis-à-vis digital platforms and, as a result, can extract better terms. The Commission found that this effect is more pronounced for smaller digital platforms than for large digital platforms, such as Apple's iTunes or Spotify.

The parties questioned the theoretical underpinnings of the Commission's theory of harm. They explained that the Commission's theory hinged upon the assumption of «unconditional» (or «global») decreasing returns to repertoire; when this assumption is relaxed to reflect reality, the Commission's bargaining model no longer supports the Commission's finding of unilateral effects and the Commission's theory of harm is left unsupported. The parties' economists argued that the music repertoires of the majors were complementary. As a result, they were able to extract a higher share of the platforms' revenues by negotiating separately rather than jointly. They thus concluded that the merger would be procompetitive and would eliminate a double marginalisation problem: the combined entity would bargain less aggressively because it would be interested in licensing its entire portfolio.

The parties also challenged the Commission's empirical findings. In particular, they argued that the econometric models proposed by the Commission were flawed. The parties' economists criticized the methodology used by the Commission because it did not control for differences in the quality of the recorded music companies' repertoires. They found that when those differences were taken into account the Commission's regressions no longer showed a positive and statistically significant relationship between margins and revenue shares. In other words, they found that all the data said was that a company with a higher quality repertoire had a greater revenue share and obtained higher margins. That is, while size did not confer bargaining power, quality did.

The Commission rejected all these criticisms and cleared the deal only after Universal agreed to sell a significant proportion of EMI's assets in the EEA and terminate certain licensing and distribution agreements.

This paper is structured as follows. In Section 2, we provide an overview of the Commission's decision by describing the transaction, the relevant product markets affected by the Commission and their structure, the Commission's theory of harm, the evidence used to support the Commission's theory, and the commitments proposed by the parties to address the

Commission's concerns. Section 3 sets out the Commission's economic analysis, the parties' critique, and the Commission's response to the critique. Section 4 presents our conclusions.

2. THE COMMISSION'S DECISION: AN OVERVIEW

The parties. Universal, a subsidiary of Vivendi, is the world's leading music recording company active in the discovery, development and promotion of artists, music recording, Artists and repertoire («A&R»), and wholesaling of recorded music. Universal is also active in online music retail, music publishing, artist management, merchandising, event management and event venue services. EMI Recording was also active in the discovery, development and promotion of recording artists and wholesale of recorded music, and had activities in music retail, music publishing, artist management and merchandising.

The transaction. In February 2012, Universal notified the Commission of its plans to acquire EMI Group's activities in A&R and in the wholesale of recorded music, retail music activities, certain publishing rights, and artist management and merchandising activities.

Market definition. The Commission distinguished between the Artist & Repertoire (or A&R) market, where music recording companies compete for artists, and the wholesale market for recorded music. This last market was further sub-divided between the wholesale market of physical records and the wholesale market of digital records. The Commission considered that it was not necessary to distinguish between digital downloads and streaming and it did not separate markets by genre, though it noted the different competitive dynamics of different genres, in particular classical music. The Commission did not distinguish between singles or compilations from single artist albums. Importantly, the Commission concluded that while piracy was an important phenomenon, it did not constrain the parties' wholesale prices and hence was not included as part of the relevant product market.

The Commission focused its competitive analysis on the market for the wholesale distribution of digital music¹. In this market, music recording companies negotiate licensing deals to supply music to retail customers who then sell the music to end-consumers via their digital platforms (*e. g.* Spotify, Apple, Deezer, Amazon, telecoms operators, etc.).

The Commission did not find it necessary to conclude on the relevant geographic market for digital music given concerns existed both on a national and EEA-wide level.

Market structure. The market for recorded music comprised four world-wide record companies: Universal, Sony, EMI, and Warner (the «majors»)

¹ The Commission did not take a view on whether there is a two-sided market where the strength of a recording company in A&R gives it market power in wholesale, and vice versa.

and a large number of smaller independent firms (the «indies»). The majors are global, present not only in A&R but also downstream, and to some extent in retail. They have significant financial strength and a large diversified repertoire. The indies are smaller, national, and have a more limited budget for promotional and marketing expenditure. They often focus on a particular genre and are dependent on new releases rather than having a large back catalogue. They also have more limited access to mass media, in particular radio and television.

Based on IFPI data for 2010 and the parties' own data for 2010 and 2011, the combined value market shares of the parties in the wholesale of digital recorded music in the EEA would have been 40-50% with an increment of 10-20%. The Commission noted that the market share would have been above 50% in six Member States. Sony and Warner would have been left with market shares ranging between 10 and 20%, and there would have been a large number of smaller competitors (the indies) making up the rest of the EEA market.

Non-coordinated effects or unilateral effects. The Commission was concerned that the combined music repertoire of the merging firms would enable Universal, with nearly half of the available music in its hands, to extract better terms from digital platforms than in the absence of the merger. This would in turn impact innovative providers' ability to expand and launch new music offerings, reduce consumers' choice of digital music and harm cultural diversity.

The Commission's theory of harm was based on an economic framework, which predicts an anticompetitive «size effect»: large recording companies have greater bargaining power than small recording companies, and are therefore able to extract better wholesale terms.

The Commission claimed that access to additional repertoire becomes less and less valuable the wider the repertoire already available to the platform. Or, in technical terms, it claimed that music repertoires are «sub-additive». For the Commission, the sub-additivity of music repertoire implies that post-merger the merged entity would be in a stronger bargaining position and thus could extract higher rents and better terms. This is because, according to the economic model used in the Decision², under decreasing returns relative to the size of the repertoire, a large recorded music company would have more bargaining power than a smaller one and, therefore, the wholesale terms that a recorded music company would be able to extract from platforms would depend on the size of its repertoire relative to the size of the repertoire available to the platform.

While the theory of harm developed in this case has a structural flavour, it does not rely on a structural presumption. The increase in concentration is questioned because, under sub-additivity, it leads to an increase in bar-

² See Kai-Uwe KÜHN and Jorge PADILLA, 2002, «Union power, replacement and labour market dynamics», *Economic Journal*, vol. 112, pp. 317-343.

gaining power, and that increase in bargaining power is welfare reducing because it affects the incentives to invest in digital platforms. The Commission's case thus rested on (a) the sub-additivity assumption and (b) on the link between cash-flows and investment, and not merely on the high continued market share of the parties.

The Commission relied on the following evidence to support the existence of an anti-competitive «size effect»³:

- i) The Commission's market investigation found that the majority of digital customers (13 out of 16) confirmed that the bargaining power of a recording company in relation to digital customers increases with size. According to the customers, greater bargaining power translates into more disadvantageous commercial terms for the customers. This was also the view of competitors.
- ii) The Commission also compared various key parameters of the commercial terms imposed on eleven digital customers (*e. g.* Apple, Spotify, Vodafone, YouTube, etc.) by Universal with those imposed by EMI (which is smaller than Universal). The analysis concluded that Universal (the larger of the two) was able to secure more favourable terms with digital customers than EMI. According to the Commission, this analysis provided indications as to the current ability and incentive of Universal to obtain favourable licensing terms on the basis of its larger size. The Commission was thus concerned that an extension of these terms from Universal to EMI's repertoire would directly make digital customers worse off post-merger.
- iii) The Commission also performed a quantitative price-concentration analysis showing that large recording companies are able to extract better terms from customers. More precisely, the Commission investigated the relationship between the margins of music record companies negotiating with a given platform and their revenue shares in α that platform using the following regression equation: $margin_{tcpr} = \alpha + \beta \text{revenueshare}_{tcpr} + \varepsilon_{tcpr}$ where t denotes time, c denotes country, p denotes platform and r denotes record company (the Commission allows for the term ε_{tcpr} to be broken down into various time and platform fixed effects). The Commission found that the coefficient of interest, β , is positive and statistically significant and concluded, therefore, that the rent that recorded companies can extract from digital music platforms increases with their size (measured in terms of revenues that a recorded music company's repertoire contributes to an online platform). The Commission also found that while this effect is particularly pronounced for relatively small online platforms, it is also present in platforms with significant bargaining power; and that there is a positive relation between the size of a recorded music company's repertoire and the wholesale price it negotiates with online platforms.

³ The Commission also relied on internal business strategy documents, but does not disclose the details of this assessment in its Decision.

Coordinated effects. The Commission raised no coordinated effects concerns even when this had been its main concern when assessing prior transactions in this market⁴. The Commission excluded the risk of coordination between the majors based on a number of factual elements, such as different prices and pricing structures, confidential and bilateral negotiations, and the absence of a credible retaliation mechanism to ensure the coordination among the majors sustainable, among others.

Commitments. In order to address the Commission's concerns, in July 2012 Universal submitted commitments to divest a number of EMI and Universal assets, terminate certain licensing/distribution agreements, and adhere to a number of behavioural commitments. After negotiating an expanded remedies package in August 2012, the Commission concluded that the increase in size and bargaining power of the merged entity was not likely to allow Universal to impose disadvantageous commercial conditions to its digital customers.

3. THEORY OF HARM

The Commission's theory of harm was based on a bargaining model, which predicts that largemusic recording companies have greater bargaining power than small music recording companies. Using this model the Commission predicted that EMI's acquisition would allow Universal to extract better wholesale terms from its customers.

A. THE COMMISSION'S THEORY

The Commission's model is based on three assumptions. *First*, music repertoires are «sub-additive»: access to additional repertoire becomes less and less valuable the wider the repertoire already available to the platform. Or, in other words, as a digital platform adds music repertoire, the value of the platform increases, but at a decreasing rate. *Second*, a digital platform and a recording company bargain under the common assumption that the platform has already secured deals with all other recording companies. In other words, each record company is seen by the platforms as the «last negotiator» or «marginal negotiator». *Third*, a recording company can credibly threaten to withdraw its repertoire of music if negotiations break down.

These assumptions together imply that failing to reach a deal with a large recording company is more detrimental for a digital platform than failing to reach a deal with a small recording company. This is because, in case negotiations break down, it is more costly for the platform to find a replacement for a large repertoire than a small repertoire. As a result, a platform would be willing to offer better terms to large recording companies than to their smaller competitors.

⁴ See Case No. M.3333 *Sony/BMG* (2004), Case No. M.5272 *Sony/SonyBMG* (2008).

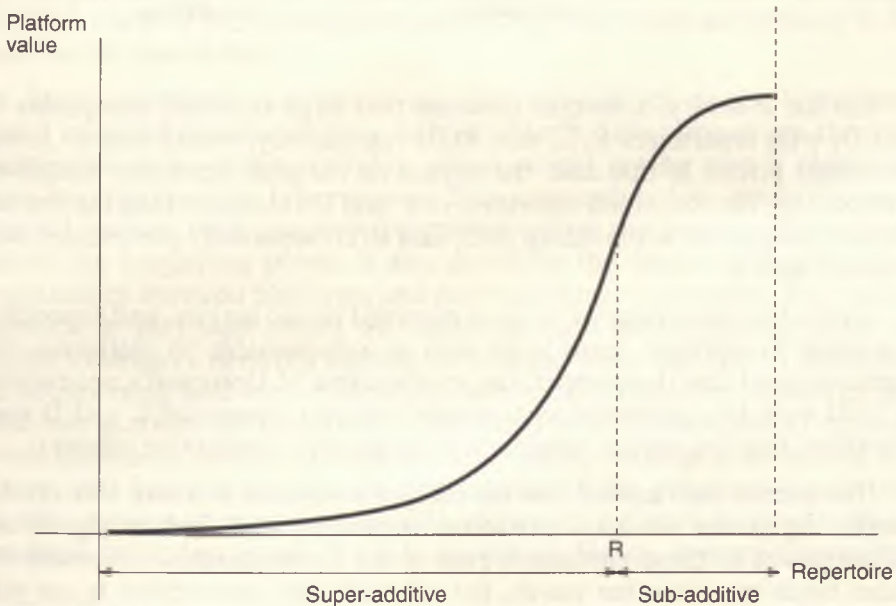
According to the Commission's model, Universal would have controlled post-merger almost half of the music available in the world. The value of its repertoire would have been significantly larger than in the pre-merger scenario and also much larger than the repertoire of its competitors. Digital platforms would have found it difficult to reject a deal with Universal, since replacing its repertoire would have been practically impossible. Therefore, Universal would be able to extract higher rents than pre-merger.

B. THE PARTIES' CRITICISMS

The parties argued that the sub-additivity assumption—the key assumption underlying the Commission's theory of harm—was not justified. They claimed that it was not reasonable to assume that access to additional repertoire becomes less valuable the wider the repertoire already available to the platform with independence of the size of the platform's repertoire.

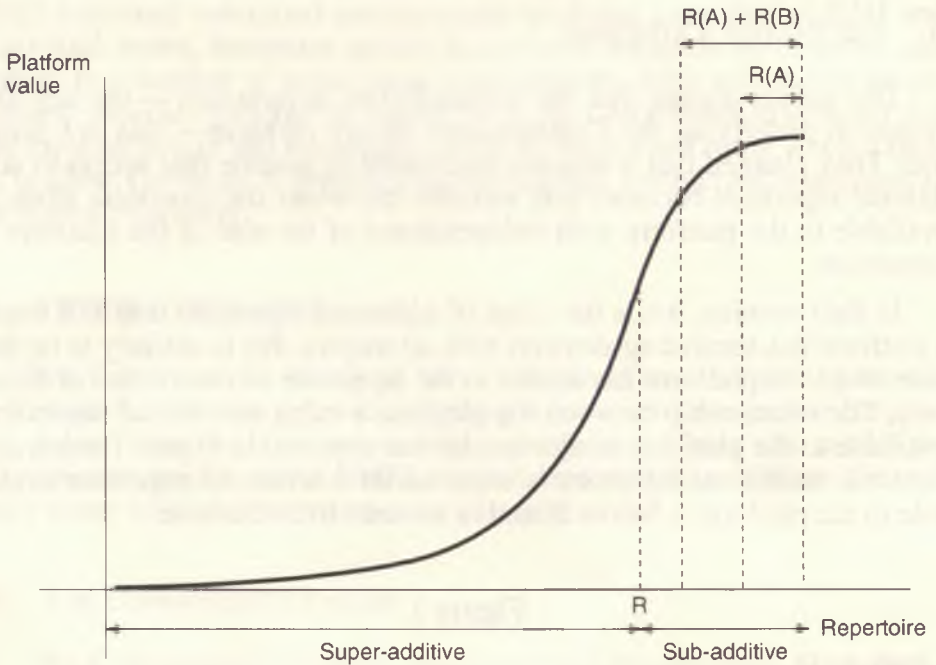
In their opinion, while the value of additional repertoire may fall when a platform has secured agreements with all majors, this is unlikely to be the case when the platform has access to the repertoire of one or two of them only. The relationship between the platform's value and size of repertoire available to the platform would thus be that depicted in Figure 1 below. In Figure 1, additional repertoire is super-additive when the repertoire available to the platform is below R , and is sub-additive otherwise.

Figure 1



When the platform's value is as in Figure 1, a merger between two small recorded music companies, A and B, would lead to higher rent extraction and thus to higher wholesale prices. This is because the merged entity will be able to threaten to withhold more valuable repertoire than any of its components, A and B, could have done pre-merger. See Figure 2 below.

Figure 2

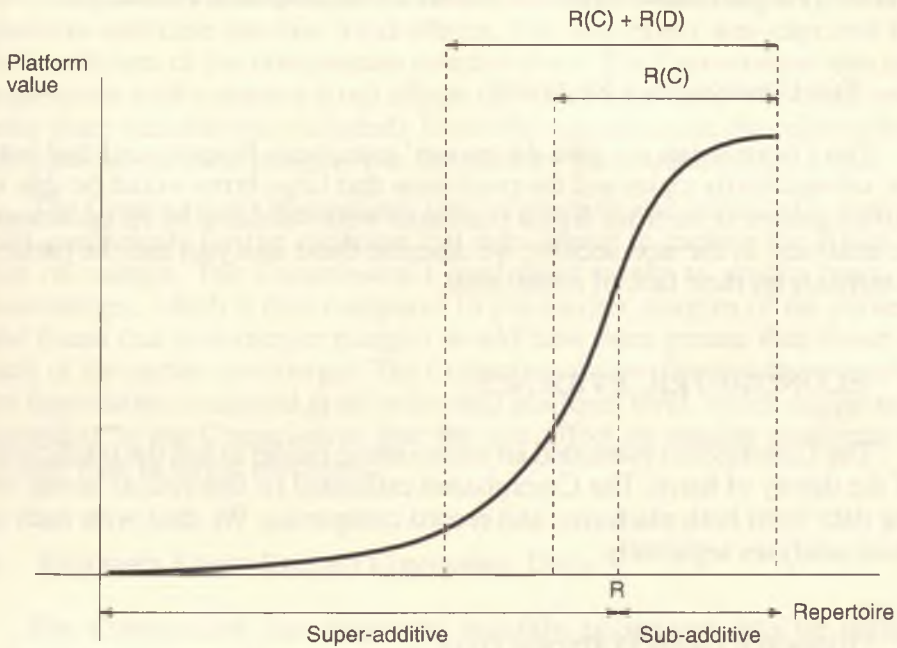


On the contrary, a merger between two large recorded companies C and D, with repertoires $R(C)$ and $R(D)$ respectively, would lead to lower wholesale prices. In this case, the impact on the platform's unit margin of withholding the combined repertoire of C and D is smaller than the impact on unit margins of withholding $R(C)$ and $R(D)$ separately pre-merger. See Figure 3 below.

Given that the repertoire of each recorded music majors, and especially Universal's repertoire, tends to be seen as indispensable by platforms, the parties argued that the competitive implications of Universal's acquisition of EMI were best modelled as a merger between companies C and D and, therefore, that the merger would not produce anti-competitive effects.

The parties also argued that the merger would not increase Universal's bargaining power vis-à-vis platforms materially and lead to significant higher prices to those customers even if the Commission's sub-additivity claim holds true. In other words, the sub-additivity assumption is not sufficient to establish that bargaining power materially increases with the size

Figure 3



of a recorded music company's repertoire. Whether that is the case or not depends on «the bargaining setting». While sub-additivity implies that the bargaining power of a company increases with its size under the bargaining model used by the Commission, which is based on Kühn and Padilla (2002)⁵, some of the assumptions underlying that model are unlikely to be valid in the case at hand.

Most importantly, the model assumes away buyer power. It assumes that a recorded music company will be able to fully appropriate the «incremental» value of its portfolio, which would not be true if platforms were assumed to have buyer power. This assumption does not fit the case at hand because platforms have bargaining power and large platforms have significant bargaining power. It also dismisses the impact of piracy in the negotiations between platforms and recorded music companies. This is unjustified: at very least piracy will likely increase the bargaining power of digital customers deriving significant revenue from the sale of hardware devices playing both legitimate and pirated music. The model also does not take into account the incentives of recorded music companies to sponsor small platforms in order to limit the buyer power of large platforms in the future, and hence misjudges the implications of the proposed transaction on this segment of customers. Finally, the model assumes that retail prices are fixed and independent of wholesale prices. Hence, it overestimates the

⁵ See note 2 *supra*.

incentives of the recorded music companies to increase wholesale prices and the potential anticompetitive impact of the proposed transaction.

C. THE COMMISSION'S RESPONSE

The Commission rejected the parties' criticisms. It responded that both the sub-additivity claim and the prediction that large firms would be able to extract greater rents from digital platforms were validated by its econometric analyses. In the next section, we describe those analyses and the parties' comments on their lack of robustness.

4. ECONOMETRIC EVIDENCE

The Commission estimated an econometric model to test the predictions of the theory of harm. The Commission estimated its theoretical model using data from both platforms and record companies. We deal with each of those analyses separately.

A. EVIDENCE USING PLATFORM DATA

The Commission collected sales and royalty payments data from six major digital music platforms. Data was collected on a monthly basis for the period 2009 to 2011, for 14 countries in the EEA. Each platform provided this data for each of the top seven record companies.

The Commission examined the relationship between the size of a record company (*vis-à-vis* the platform) and the terms it extracted from the platform. The Commission measured the size of a recording company in terms of the recorded music company's downstream revenue share, which is the proportion of the platform's total retail music revenues attributed to that recording company's music. The Commission measured the ability of a record company to extract better terms from a given platform using the share of revenues of the platform stemming from the repertoire of that music recording company that are accrued by this company through payment of royalties. The Commission refers to this measure as the «margin» obtained by the recorded music company.

The Commission first examined whether there is correlation between size of the recording company and its ability to extract better terms (*i. e.* higher «margins»). The results indicated a positive correlation between size and margin. The Commission also found that this correlation was larger for smaller platforms.

The Commission then carried out a regression analysis to investigate the relationship between size of the record companies and their ability to extract better terms while taking account of potentially confounding factors.

In the baseline specification, the Commission linked the recording company's margin to its downstream revenue share, while controlling for country, platform and time specific fixed effects. The size effect was captured by the coefficient of the downstream revenue share. The Commission also ran regressions with company fixed effects (in which case the downstream revenue share variable was excluded). Under this specification, the relationship between the size and margins was captured by the company fixed effect.

The Commission's regressions yielded positive and statistically significant coefficients for the variables that were meant to capture the effect of size on margin. The Commission's used these results to predict margins post-merger, which it then compared to pre-merger margins of the parties, and found that post-merger margins would have been greater than those of each of the parties pre-merger. The Commission also obtained these results for regressions computed at an individual platform level, which suggested, according to the Commission, that the size effect on smaller platforms is greater than in larger platforms.

B. EVIDENCE USING RECORD COMPANIES' DATA

The Commission also requested monthly aggregated data on digital sales from six record companies to its largest customers (platforms) for 14 countries in the EEA. The data was broken down by transaction type (download/streaming) and product (track/album). It included information on sales units, wholesale revenue and repertoire size. Data was aggregated to yearly level in order to ensure consistency across record companies.

The Commission examined whether larger recorded music companies were able to extract better commercial terms from the platforms. It linked the wholesale unit price paid to a record company to the size of its repertoire, while controlling for customer, country and time fixed effects, and modelled separately album and track downloads. The Commission reported results that were consistent with a positive and statistically significant relationship between the size of the repertoire and the wholesale prices charged for both albums and tracks. The difference between the post-merger (predicted) price levels, and the parties' pre-merger price levels were positive and statistically significant.

The Commission also requested track-level data from four large record companies on their digital sales. Data was provided for two countries and for the largest platforms. Each record company provided data for its 5,000 most successful tracks over the period 2008 to 2012. The data included information on unit sales and wholesale revenues. As with the platform and aggregate-level record company data, the Commission used the track-level data to test whether larger recorded music companies were able to extract better commercial terms from the platforms. The Commission linked the wholesale unit price of a recorded music company to its repertoire size, controlling for the rank and age of the song. It also included tier, customer

and time fixed effects. Regressions were run separately for each of the two countries. The results reported by the Commission showed a positive and statistically significant relationship between the size of the repertoire and the wholesale unit price.

The Commission's quantitative analysis thus suggested the existence of a positive relationship between the size of a recording music company's repertoire and the terms it can extract from digital customers. The Commission concluded that its quantitative analyses supported the theory of harm in this case and validated its underlying assumptions.

C. THE PARTIES' CRITICISMS

The parties' economists assessed the Commission's econometric analysis. In particular, they concluded that the Commission's empirical findings were not robust. They also concluded that the interpretation given by the Commission to its empirical results was flawed and could not be relied upon. We explain their arguments in some detail in what follows.

Robustness. Most importantly, they noted that a positive correlation between margins and market shares does not necessarily imply that high market shares are the cause of high margins, as the Commission presumed. High market shares may have been a reflection of, rather than a cause for, higher margins. The positive relationship could have been caused by a number of factors not associated with market power, such as for example differences in the quality of the repertoires of competing music recording companies. In fact, the parties' economists found that including company fixed effects in the Commission's regressions caused the relationship between margins and market shares to become statistically insignificant. This finding undermines the Commission's evidence in support of its theory of harm, since it indicates that differences in margins are likely to be the consequence of quality differentials across record companies' repertoires, rather than of differences in their bargaining power.

The Commission used platform data to investigate the relationship between size and the ratio of the wholesale and retail prices («margin») of a recorded music company's repertoire. This would have been consistent with the Commission's theory of harm if retail prices were fixed. However, this is not likely to be the case. If retail prices are not fixed, the Commission's empirical analysis only tells that platforms apply lower mark ups to the repertoires of larger companies. This has no implications with respect to the decreasing returns claim.

Interpretation. The parties' economists argued that, even assuming that the empirical findings in the Decision were robust, *quod non*, they did not validate the sub-additivity (or decreasing returns) assumption underpinning the Commission's theory of harm. According to the parties' economists, evidence of a positive relation between margin and size can be consistent with both sub-additivity (decreasing returns) and super-additivity (increasing re-

turns) depending on the underlying bargaining model. The Commission's bargaining model presumes that platforms have no bargaining power; they can just accept or reject the take-it-or-leave-it offers made by recorded music companies. With this model in mind, the Commission's interpretation is correct. However, the assumption that platforms have no bargaining power irrespective of their size is unrealistic. Had the Commission used a more realistic model where large platforms, such as Apple's iTunes or Spotify, enjoy greater bargaining power than smaller one, especially start-ups, it would have had to interpret its empirical findings differently. Evidence that the relationship between margin and size is particularly pronounced for relatively small online platforms would show that the outcome of negotiations between recorded music companies and platforms depends on the bargaining power of the platforms.

Merger effects. The parties' economists also explained that the Commission's methodology was bound to over-estimate the potential anti-competitive effect of the merger, as it presumed that Universal's rivals would not even try to profit from Universal's exercise of bargaining power by expanding supply. Attempts by merging parties to reduce supply were bound to have been met by an expansion of supply from rivals.

D. THE COMMISSION'S RESPONSE

In its Decision, the Commission rejected all criticisms made by the parties. It concluded that they were either not substantiated or, in any event, did not contradict the Commission's position.

The Decision acknowledges that «theoretical models may predict [increasing returns] or [decreasing returns] (or both)», but states that «the relevant question is whether there is a size effect irrespective of the underlying [assumptions of the model]» and stresses that «what is important is that [its] investigation has confirmed that the size effect exists».

The Commission defended its empirical analyses arguing that it had taken into account (a) buyer power by conducting regressions at platform level, since those regressions showed evidence of a size effect for all platforms, irrespective of their size; (b) piracy in the retail market, since it measured the size of the repertoire of each recorded music company relative to the total retail sales of platforms; and (c) quality differentials. The Commission argues its measure of company size, the retail revenue share, is a quality adjusted measure of the product line length of a recorded music company and that it can be thought of as the number of quality units that the company offers to the retailer. The Commission also claims that it controlled for repertoire quality in its track-level regressions, which provide results that are consistent with those of the platform-level regression. Finally, the Commission concludes that the results obtained when introducing company fixed effects are inconsistent, which in its opinion indicates that its inclusion is unjustified.

5. CONCLUDING REMARKS

Universal's acquisition of EMI's recorded music business was cleared in Phase II in September 2012, subject to a substantial remedies package. As explained above, the Commission's concerns were based on (i) a theoretical model which assumed that the contribution of additional songs to the value of a digital music platform was decreasing in the number of songs (the sub-additivity claim), and (ii) econometric evidence showing that the ability of recorded music companies to extract better deals and conditions was positively related to the size of their repertoires.

The Commission's theory of harm is controversial. It relies on a series of assumptions that appear unrealistic: (a) digital platforms have no bargaining power irrespective of their size, (b) retail prices are not a function of the terms and conditions negotiated at a wholesale level, and (c) the repertoires of recorded music companies are not complementary —*i. e.* digital platforms can succeed having access to the repertoire of only one or two of the majors—. The Commission's Decision seems to recognise that its theory of harm was problematic. In paragraph 521, the Decision appears to downplay the importance of a robust theoretical framework and shifts the focus to the Commission's qualitative and econometric evidence on the existence of a size effect.

The empirical evidence supporting the Commission's case is not without problems either. The Commission claims that its regressions take account of quality differentials and buyer power. We are unpersuaded. The Commission's approach is unconventional, hard to understand and even harder to interpret. The Commission has not properly explained why the positive relationship between size and margins —the key to its case— collapsed when record company fixed effects were included. The Commission's arguments to dismiss the importance of this finding are in plain contradiction with its position in other merger cases, such as *Deutsche Börse/NYSE Euronext*⁶, where it relied on a similar finding —*i. e.* evidence that the relationship between two variables was not robust to the introduction of fixed effects— in exactly the opposite manner —*i. e.* rejecting the existence of a relationship—.

⁶ Case M.6166 *Deutsche Börse/NYSE Euronext*.

LA RECIENTE DOCTRINA DE LA AUDIENCIA NACIONAL EN TORNO AL CÁLCULO DE LAS MULTAS POR INFRACCIONES DE LA LEY 15/2007, DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA: ¿HACIA EL FIN DE UNA POLÍTICA DE COMPETENCIA EFICAZ?

Vera SOPEÑA BLANCO
Exasesora del Presidente de la CNC
Héctor OTERO OTERO *
Exasesor del Consejo de la CNC

1. INTRODUCCIÓN

La política de competencia experimentó un cambio muy significativo en nuestro país con la puesta en marcha de la CNC el 1 de septiembre de 2007. Con anterioridad, el Servicio de Defensa de la Competencia (SDC), encargado de la instrucción de los expedientes y el Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) encargado de la resolución, habían aplicado con éxito la antigua Ley de Defensa de la Competencia de 1989¹, pero los instrumentos de esta Ley para la investigación de prácticas restrictivas eran limitados. También, el esquema institucional y el procedimiento de recursos en ocasiones entorpecían la agilidad de su actuación.

La LDC creó la CNC, lo que supuso la introducción de una arquitectura institucional² más ágil —y pensamos, eficaz— que la anterior, y una

* Las opiniones y consideraciones realizadas en este artículo son responsabilidad exclusiva de sus autores y no representan en ningún caso la opinión de la extinta CNC ni del organismo que la ha absorbido, la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC).

¹ Ley 16/1989, de 15 de julio, de Defensa de la Competencia, *BOE* 1989, núm. 170, p. 22747.

² En lo que se refiere a la estructura institucional, frente al anterior SDC, integrada en el Ministerio de Economía y Hacienda, y TDC, la CNC respondía a un diseño institucional piramidal, con el Presidente en la cúspide coordinando dos unidades independientes: la Dirección de Investigación encargada de la instrucción de los expedientes, ya desde un organismo autónomo, y el Consejo, encargado de la resolución de los mismos, así como de, en su caso, la imposición de sanciones. Esta nueva estructura garantizaba un mayor grado de independencia, responsabilidad y especialización respecto del sistema institucional anterior. Ello permitió también agilizar los procedimientos sancionadores.

serie de instrumentos³ que han potenciado de manera muy importante la aplicación de las normas de competencia en nuestro país en el ámbito de las conductas.

Se reconocieron nuevos poderes de investigación que se tradujeron en unos resultados de inspecciones prácticamente desconocidos con anterioridad. La aplicación del Programa de Clemencia permitió conocer y dismantelar cárteles que, de otra forma, difícilmente habrían llegado a ser descubiertos por la autoridad. Como muestra del éxito del programa de clemencia, desde su puesta en marcha en 2008⁴, doce de los diecisiete cárteles sancionados por el Consejo de la CNC se habían iniciado a partir de solicitudes de clemencia al amparo del Programa.

Pero la conjunción de estos elementos no solo aumentó el número de los procedimientos incoados por la CNC, sino que permitió conocer infracciones de mayor gravedad, incrementó su capacidad probatoria y la posibilidad de sancionarlas en toda su extensión y gravedad⁵.

Por otro lado, los distintos indicadores observados en cuanto a la efectividad de la labor de las autoridades de competencia (reincidencia, ausencia de consecuencias económicas, mercantiles o laborales de los infractores, etc.) puso de manifiesto que el carácter disuasorio de sus actuaciones no estaba plenamente asentado.

Adicionalmente, la capacidad disuasoria de las sanciones juega un papel fundamental para asegurar la eficacia del Programa de Clemencia. El «premio» en forma de inmunidad de multas que recibe el primer delator del cártel, debe de ser lo suficientemente importante para que existan incentivos a la delación. Si las multas no son las adecuadas, esto es, si no tienen carácter verdaderamente disuasorio, se reducen los incentivos para recurrir a la autoridad de competencia, debilitando el instrumento más potente hasta la fecha para la lucha contra los cárteles.

En este contexto, en 2009, tras un amplio debate tanto interno como público, la CNC publicó una comunicación para la cuantificación de las sanciones por infracciones de la LDC, concretamente, de sus arts. 1, 2 y 3⁶ (en adelante, Comunicación o Comunicación de Sanciones). La Comuni-

³ En el ámbito de las conductas, la LDC dotó a la nueva CNC de instrumentos muy poderosos y eficaces en la lucha contra las prácticas restrictivas: se reforzaron notablemente los poderes de inspección, se reconoció a los funcionarios la condición de agente de autoridad, y se introdujo por primera vez en España el llamado Programa de Clemencia para la lucha contra los cárteles. Además, internamente, se organizó la Dirección de Investigación en subdirecciones especializadas, profesionalizando en mayor medida sus actividades.

⁴ Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC), el 28 de febrero de 2008, *BOE* 2008, núm. 50, p. 11575.

⁵ A modo de anécdota, son fácilmente reconocibles las resoluciones adoptadas en virtud de la Ley 16/1989 simplemente «al peso». La profusión de los hechos acreditados gracias al éxito de las inspecciones conjuntamente con las declaraciones de clemencia, determinaba en muchas ocasiones la elaboración de resoluciones muy extensas, sobre todo en lo que se refiere a los Hechos Acreditados, en comparación con las resoluciones que hasta entonces se habían adoptado en aplicación de la Ley anterior 16/1989.

⁶ Comunicación sobre la cuantificación de las sanciones derivadas de infracciones de los arts. 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y de los arts. 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea, disponible en la página web de la CNC: <http://www.cncompe->

cación, con el objetivo de mejorar la transparencia y predictibilidad de las sanciones, perseguía también una finalidad doble: garantizar tanto la seguridad jurídica de las empresas como el carácter disuasorio de las sanciones, con el fin último de aumentar la efectividad de todos los instrumentos de la Ley y, en definitiva, la eficacia de la política de competencia. En todo caso, la Comunicación se ajustaba como no podía ser de otra forma a los criterios establecidos en la Ley, incluido lógicamente el límite sobre la cuantía de la multa recogido en el art. 63 de la LDC.

Desde entonces, la cuantía de las multas impuestas ha aumentado. Según la memoria de la CNC del periodo 2012-2013⁷, las multas impuestas por la autoridad de competencia pasaron de 57,86 millones de euros en el ejercicio 2007-2008 a 454,12 millones en el ejercicio 2012-2013, multiplicando casi por ocho el monto total de las multas impuestas. Estos datos hay que ponerlos no obstante en relación con el resto de indicadores de la actividad de la CNC en el mismo periodo: el número de inspecciones realizadas y de procedimientos incoados (excluyendo por tanto los no incoados y archivados) que también se incrementaron muy significativamente; y con otras consideraciones, como el hecho de que muchos de los procedimientos incoados constituyeran infracciones de cártel muy graves, cuando en periodos anteriores la sanción de cárteles era mucho más esporádica⁸.

La imposición de muchas multas, y elevadas, provocó el comienzo de críticas sobre la cuantía «excesivamente disuasoria» de las multas de la CNC⁹. Mientras, paralelamente, la Audiencia Nacional (AN), al conocer recursos contra resoluciones de la CNC, comenzó una línea doctrinal sobre la cuantificación de las multas que, a la postre, determinaba no solo una reducción en ocasiones muy sustancial de la multa impuesta en su día, sino también la delimitación de los criterios de cuantificación de sanciones abiertamente contraria a los seguidos por la CNC en su Comunicación.

La cuestión fundamental de la divergencia entre la Comunicación de la CNC y la línea jurisprudencial iniciada por la AN radica en el volumen de negocios que debe tomarse en consideración para el cálculo inicial de la multa, que viene determinado por el mercado afectado por la infracción, y para el cálculo de su límite que la ley establece en el art 63¹⁰. Básicamente,

tencia.es/Inicio/GestionDocumental/tabid/76/Default.aspx?EntryId=30717&Command=Core_Download&Method=attachment.

⁷ Las memorias de la CNC están disponibles en la página web de la CNC, en el siguiente enlace: <http://www.cncompetencia.es/Inicio/ConocerlaCNC/Memorias/tabid/72/Default.aspx>. La tabla a la que hacemos alusión, se encuentra en la p. 15 de la memoria de actividades del periodo 2012-2013, que recoge también un resumen de la actuación de la CNC durante sus seis años de actividad.

⁸ Así, por ejemplo, desde el periodo 2007-2008 (previo a la publicación de la Comunicación de sanciones) al último ejercicio de la CNC 2012-2013, la sanción media por expediente de infracciones de los arts. 1, 2 y/o 3 de la LDC ha pasado de 5,3 a 12 millones de euros aproximadamente. Véase también el apartado 7 de este artículo donde ofrecemos una comparativa internacional de la media de sanciones por cártel que imponen las autoridades de competencia de nuestro entorno.

⁹ Véase el artículo en prensa del entonces Presidente de la CNC durante el periodo 2011-2013, J. GARCÍA BERNALDO DE QUIRÓS, publicado en el diario *Expansión* el 4 de junio de 2013, en la p. 55.

¹⁰ En el art. 63 de la LDC se regulan los límites de las multas que la autoridad de competencia puede imponer en términos de un porcentaje, según la gravedad, y la base para la aplicación de dicho

mientras la CNC mantiene que el límite de la multa se refiere a un porcentaje del volumen de negocios total del conjunto de bienes y/o servicios que haya sido obtenido por la unidad económica infractora (esto es, los ingresos totales), la AN considera que el límite se refiere a un porcentaje del volumen de negocios obtenido por la infractora en el mercado afectado por la práctica restrictiva de la competencia (esto es, las ventas obtenidas infringiendo la ley), criterio éste último reflejado en el art. 62 como uno de los criterios para calcular, no el límite, sino el importe de la misma teniendo en cuenta criterios de afectación derivados de la conducta. Obviamente, hay otras cuestiones de matices menores en los que ambas instituciones también difieren, pero en nuestra opinión, tienen menos relevancia.

En este trabajo pretendemos, por un lado, exponer brevemente la fundamentación económica y jurídica de la política sancionadora de la CNC y, por otro lado, sistematizar la línea jurisprudencial iniciada por la AN sobre este aspecto fundamental que impacta la política sancionadora de la autoridad de competencia de nuestro país (próximamente, la CNMC) de lleno. Posteriormente, intentaremos argumentar los elementos que, en nuestra opinión, recomiendan revisar esta línea jurisprudencial no solo por cuestiones jurídicas, sino por el impacto fundamental que tiene la política sancionadora en la eficacia de la política de competencia en nuestro país¹¹.

2. LA LDC DE 2007 Y LA COMUNICACIÓN DE LA CNC DE 2009 PARA LA CUANTIFICACIÓN DE SANCIONES POR INFRACCIONES GRAVES DE LA LDC

La política sancionadora primero del TDC y luego de la CNC en sus inicios suscitó algunas críticas en torno al método supuestamente poco predecible de cálculo de las sanciones, dados los términos amplios en los que la ley recogía los criterios para ello¹². Se alegaba fundamentalmente la falta de tipificación y graduación de las sanciones que, junto con la limitada predictibilidad, podría haber generado una sensación de inseguridad jurídica en las empresas. La AN y el Tribunal Supremo (TS) revisaron varias sanciones impuestas por la autoridad de competencia¹³.

porcentaje. Como desarrollaremos más adelante, la base viene definida en la ley como «el volumen de negocio total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa».

¹¹ Este trabajo se limita a la actividad de la CNC y la revisión de sus resoluciones por los tribunales. Excluye por tanto al antiguo TDC y a la recientemente creada CNMC, que en la fecha de finalización de este artículo, todavía no ha publicado la adopción de ninguna resolución en el ámbito de las conductas.

¹² El art. 10 de la Ley 16/1989, de 16 de julio, de defensa de la competencia establecía en su párrafo primero: «Artículo 10. Multas sancionadoras. 1. El Tribunal podrá imponer a los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquellas que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en los artículos 1, 6 y 7, o dejen de cumplir una condición u obligación prevista en el artículo 4.2, multas de hasta 150.000.000 de pesetas (901.518,16 euros), *cuantía que podrá ser incrementada hasta el 10 por 100 del volumen de ventas correspondientes al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución del Tribunal*» (cursiva añadida).

¹³ En el ámbito del abuso de posición dominante, Véase M. ARAUJO BOYD (2007), «Introducción al estudio de la jurisprudencia revisora de las resoluciones administrativas en materia de abuso de

Pero las sentencias tampoco aclaraban especialmente una metodología concreta para el cálculo de las multas, en especial en lo que respecta a la graduación y la aplicación de los agravantes y atenuantes. Para el control del ejercicio de la potestad sancionadora administrativa, proliferó la aplicación por parte de los tribunales de la denominada regla de los «tres tercios», de elaboración jurisprudencial y basada en los principios de dosimetría punitiva insertos en el art. 66 Código Penal ¹⁴.

En virtud de esta regla, la sanción establecida en la normativa se divide en tres tramos: inferior, medio y superior en relación con el límite legal máximo, conviniendo aplicar uno u otro tramo en función de la concurrencia o no de atenuantes y/o agravantes. En la mayoría de los casos, siempre que la multa de la autoridad de competencia se situase en el tercio mínimo así calculado, los tribunales no procedían a su revisión cuando se alegaba la vulneración del principio de proporcionalidad ¹⁵.

Paralelamente, a nivel internacional, y sobre todo comunitario ¹⁶, se apreciaba una tendencia al desarrollo de sistemas de cálculo de multas más eficientes, proporcionales y transparentes.

posición de dominio en España», en S. MARTINEZ LAGE y A. PETITBÒ JUAN, *El Derecho de la Competencia y los Jueces*, Madrid, Marcial Pons, Fundación Rafael del Pino, 2007, pp. 113-134.

¹⁴ Así, por ejemplo, en la Sentencia de 17 de marzo de 2003, el TS analiza la proporcionalidad de la cuantía de la sanción atendiendo estrictamente al criterio de los tres tercios en los siguientes términos: «Si se divide la multa que el artículo 10.1 permite imponer por las infracciones cometidas —hasta 150 millones de pesetas— en tres grados —máximo, medio y mínimo—, se observa que las impuestas por las infracciones primera y tercera se encuentra dentro del grado mínimo, y la de la segunda está en la parte baja del grado medio, lo que ya es un dato suficientemente significativo de que se ha valorado a la baja tanto la antijuridicidad y culpabilidad de las conductas ilícitas, como el que no hayan repercutido en la realidad práctica» (FJ 5.º) (cursiva añadida). De la AN, véase por ejemplo, la Sentencia de 10 de julio de 2009, Rec. 31/2008, relativa al expediente 635/07, *Colegio de Odontólogos Estomatólogos de Las Palmas*, ponente S.ª María Asunción Salvo, FJ 5.º, y Sentencia de 30 de mayo de 2013, Rec. 75/2012, relativa al expediente S/0154/09, *Montesa Honda*, ponente D.ª Mercedes Pedraz, donde afirma que al no concurrir ni atenuantes ni agravantes, lo que procede es imponer la sanción en el grado medio («en este caso, el 5% de la cifra tomada en consideración por la CNC» —esta había aplicado un porcentaje del 6 por 100—).

¹⁵ Hemos localizado muy pocas sentencias relacionadas con expedientes del TDC que hayan estimado parcialmente los recursos interpuestos únicamente reduciendo la sanción (esto es, confirmando en su integridad las conductas restrictivas, pero reduciendo la sanción en virtud del principio de proporcionalidad). Destacamos tan solo la Sentencia de la AN de 8 de octubre de 2010, Rec. 132/2007, relativa al expediente 614/06, *Cervezas de Canarias 2*, ponente D. José María del Riego, FJ 12.º Otras sentencias han reducido el importe de la multa como consecuencia de haber anulado alguna de las infracciones sancionadas por el TDC, como por ejemplo, la Sentencia de la AN de 30 de octubre de 2003, Rec. 984/2000, relativa al expediente 471/99, *Odontólogos de Córdoba*, ponente D. José María del Riego, FJ 11.º Respecto de resoluciones de la CNC, véanse las sentencias relativas al expediente 617/06, *Cajas Vascas* (por ejemplo, Sentencia de la AN de 6 de noviembre de 2009, Rec. 488/2007, relativa al expte. 617/06, *Cajas Vascas*, ponente D.ª Mercedes Pedraz, FJ 7.º). Más tarde, y en relación ya con resoluciones de la CNC, sí empiezan a ser más frecuentes las sentencias que, confirmando la existencia de una infracción de la LDC, proceden únicamente a reducir la sanción. Véanse a estos efectos *infra* las notas 52 a 56. Por el contrario, son mayoría las sentencias que han confirmado las multas impuestas por el TDC y la CNC. Sobre la revisión jurisdiccional de las resoluciones de la CNC y su grado de confirmación por la AN y el TS, véase la memoria de actividades de este organismo relativa al ejercicio 2012-2013, que contiene un estudio al respecto desde 2007 a 2013, en el capítulo 7, p. 56 (disponible en la página web de la CNC: www.cncompetencia.es/Inicio/ConcerlaCNC/Memorias/tabid/72/Default.aspx).

¹⁶ La Comisión Europea acababa de publicar en 2006 sus Directrices para el cálculo de las multas, que implicaban un incremento sustancial de las multas impuestas hasta entonces, sobre todo en

Así, la cuestión de la determinación de las sanciones óptimas para las prácticas anticompetitivas fue objeto de debate internacional¹⁷ y, como consecuencia de ello, se ha ido produciendo una convergencia hacia modelos más transparentes que incorporan en mayor medida el daño y el beneficio ilícito obtenido por la sanción¹⁸, explicitando una determinada metodología de cálculo¹⁹.

En este contexto, la autoridad española de competencia, ya con la entrada en vigor de la LDC de 2007 que, ahora sí tipificaba y graduaba las sanciones, inició un proceso de reflexión para la elaboración de su propia comunicación²⁰ en el que sometía a consulta pública el proceso metodológico diseñado para el cálculo de las multas que pretendía aplicar en los expedientes sancionadores.

Para su elaboración se tuvieron en cuenta muy especialmente las Directrices comunitarias de 2006 para el cálculo de las multas²¹, que actuali-

casos de cárteles de larga duración por el tipo de criterios ahí recogidos (Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del art. 23, apartado 2, letra a), del Reglamento CE núm. 1/2003, DOCE 2006 C 210, p. 2). Otras autoridades, como la Office of Fair Trading (OFT) en el Reino Unido y la NMa holandesa, habían publicado también sus propias directrices para el cálculo de multas en 2004 y 2001, respectivamente.

¹⁷ Véase por ejemplo para las discusiones de la época a nivel internacional, el Informe de la International Competition Network (ICN) de 2008 *Setting of fines for cartels in ICN jurisdictions*, resultado de la 7.ª Conferencia Anual de la ICN celebrada en Kyoto en abril de 2008.

¹⁸ Véase P. SÁNCHEZ NÚÑEZ (2013), «Las sanciones tras la Comunicación de la CNC», en *II Congreso de Competencia y Regulación. Cuestiones actuales del Procedimiento Sancionador en Derecho de la Competencia*, FIDE, pendiente de publicación.

¹⁹ Véanse las directrices para el cálculo de las multas de por infracciones de competencia de Estados Unidos «Federal Sentencing Guidelines» Part R - Antitrust Offenses U.S. Sentencing Commission («USSC»), disponibles en la página web http://www.ussc.gov/Guidelines/2011_Guidelines/Manual_HTML/2r1_1.htm; Alemania, «Guidelines for the setting of fines in cartel administrative offence proceeding», *Budeskartellamt*, disponible en la página web <http://www.bundeskartellamt.de/wEnglisch/download/pdf/Bussgeldleitlinien-E-June2013.pdf>; Francia, «Notice on the Setting of Financial Penalties», Autorité de la Concurrence, disponible en la página web http://www.autoritedel-concurrence.fr/doc/notice_antitrust_penalties_16may2011_en.pdf; Reino Unido, «OFT's guidance as to the appropriate amount of a penalty», disponible en la página web de la OFT http://www.oft.gov.uk/shared_ofi/business_leaflets/ca98_guidelines/oft423.pdf; Holanda, «Policy Rules of the Minister of Economic Affairs on the imposition of administrative fines by the NMa 2009», disponible en la página web <https://www.acm.nl/en/download/attachment/?id=7994>; y Polonia «Guidelines on setting fines for competition-restricting practices», disponible en la página web de la UKK www.uokik.gov.pl/download.php?plik=6751.

²⁰ La disposición adicional 3.ª de la LDC facultaba a la CNC a adoptar comunicaciones «aclarando los principios que guían su actuación en aplicación de la presente Ley».

²¹ Directrices para el cálculo de las multas impuestas de la Comisión Europea, *op. cit.*, *supra* nota 16. En el ámbito europeo, los arts. 23 a 25 del Reglamento 1/2003 [Reglamento (CE) núm. 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los arts. 81 y 82 del Tratado, DOCE 2003 L 1, p. 1] establecen las principales reglas para la política de multas de la Comisión. La metodología para el cálculo de la multa de la Comisión había sido recogida por primer vez en una Comunicación de 1998 (Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del apartado 2 del art. 15 del Reglamento núm. 17 y del apartado 5 del art. 65 del Tratado CECA, DOCE 1998 C 9, p. 3) que procedió a actualizar con las de 2006, ya citadas. Brevemente, las Directrices comunitarias de 2006 establecen el siguiente sistema de cálculo: i) Un porcentaje en función de la gravedad de hasta el 30 por 100 sobre las ventas en el mercado afectado multiplicadas por el número de años de participación de la empresa en la conducta, y ii) una «cuota de entrada», consistente en un porcentaje de las ventas de entre el 15 y el 25 por 100 independientemente del número de años de infracción, que tiene un carácter puramente disuasorio. Posteriormente, este importe de base se puede reducir o aumentar en función de una serie de atenuantes (escasa participa-

zaron las de 1998 por la necesidad de incrementar el efecto disuasorio de las sanciones, así como incrementar las sanciones a aquellas empresas que reinciden en la comisión de ilícitos de competencia²². En todo caso, según el Reglamento 1/2003, las multas impuestas por la Comisión nunca podrán superar el 10 por 100 del volumen de negocios total de la empresa infractora en el año anterior, deben ser proporcionales a la gravedad y duración de las infracciones, y no pueden consistir en sanciones penales.

Así las cosas, para la elaboración de la Comunicación, la CNC debía lógicamente partir de los criterios y límites establecidos en la LDC. Como ya hemos dicho, la LDC incorporó la graduación de las sanciones en función de la gravedad de la conducta (infracciones muy graves, graves y leves) lo que supuso un importante avance para la seguridad jurídica solucionando algunas de las críticas vertidas en el pasado. El ya citado art. 63 estableció un límite máximo a las sanciones en función del volumen de negocios total de las infractoras y de la gravedad de la conducta (10, 5 y 1 por 100, respectivamente) y especificó los principales criterios para la determinación del cálculo de la sanción, teniendo en cuenta tanto los daños de la conducta como el beneficio ilícito de la conducta. Por último, la Ley recogió algunos agravantes (no aplicación, terminación de conductas, colaboración, realización de actuaciones tendentes a paliar el daños...) y atenuantes (reincidencia, coerción, instigación...) que debían modular también la sanción.

La Comunicación para la cuantificación de sanciones básicamente pretendía hacer pública la metodología de cálculo que, en virtud de los criterios y límites de la LDC, utilizaría la CNC para las sanciones por las infracciones sustantivas de la Ley. Fue publicada finalmente en febrero de 2009, como ya hemos dicho, tras un proceso de consulta pública²³.

La metodología recogida en la Comunicación es muy similar a la aplicada por otras autoridades de competencia, especialmente la Comisión Europea y está estructurada en tres fases. En la primera se establece el importe básico de la multa utilizando los criterios del art. 64.1 de la LDC relativos a los efectos perjudiciales que la conducta ocasiona en el mercado, enunciados en los apartados del *a)* al *e)*. En la segunda se le aplica a dicha cantidad un coeficiente de ajuste, que será el resultante de aplicar siguiendo el criterio *g)* del art. 64.1, en su caso, los agravantes y atenuantes recogidos en el art. 64.2 y 64.3 de la LDC, respectivamente. Por último, en la tercera fase se ajusta la cantidad previamente obtenida a los límites establecidos en el art. 63.1 de la LDC, y en su caso al criterio *f)* del art. 64.1.

Para el cálculo del importe básico de la multa, la Comunicación, al igual que la mayoría de los países, contiene una fórmula de cálculo en la

ción, cooperación, la terminación de la práctica...) y agravantes (reincidencia, la negativa a cooperar o liderazgo).

²² Véase el Comunicado de Prensa de la DGCOMP IP/06/857 de 28 de junio de 2006, disponible en la página web de la comisión: <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/06/857&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>.

²³ Véase *supra* nota 6.

que intervienen tres parámetros: el volumen de ventas afectado por la infracción, la gravedad y la duración. La fórmula es la siguiente:

$$IB = p(\%) \cdot \sum_{i=1}^T VMA_i \cdot \alpha_i$$

Donde *IB* es el importe básico, *p*(%) es el porcentaje según gravedad y tipo de producto o servicio, *VMA_i* es el volumen de ventas en el mercado afectado por la infracción en el año *i*, *T* son los años de duración de la infracción, y *α_i* es el coeficiente de ponderación en el año *i*.

Respecto a la duración de la infracción, se optó por dar una ponderación mayor a los efectos de la conducta en los momentos actuales que en los pasados. Para ello se establece un coeficiente de ponderación que comienza en 1 (el último año de infracción se toma la totalidad del volumen de ventas), y se va reduciendo hasta el 5 por 100.

A las ventas así calculadas, se le aplica un porcentaje *p*(%) que, aunque puede ser inferior, parte, de forma general, del 10 por 100²⁴. No obstante, este porcentaje puede incrementarse hasta en diez puntos porcentuales de forma acumulativa si la infracción es muy grave, o si se trata de un mercado de un *input* productivo susceptible de provocar efectos en cascada en distintos mercados. Por tanto, el importe básico podrá alcanzar el 30 por 100 del volumen de ventas afectado por la infracción, de forma similar a lo que aplican las autoridades de nuestro entorno.

En segundo lugar, se aplica un coeficiente de ajuste resultante de aplicar los agravantes y atenuantes recogidos en el art. 64.2 y 64.3 de la LDC, respectivamente. Cada uno de las agravantes (atenuantes) puede aumentar (reducir) el importe básico en un porcentaje de entre el 5 y el 15 por 100.

En el tercer paso, una vez obtenida la sanción como resultado de aplicar el método anterior, procede comprobar que dicha cuantía respeta el límite máximo del art. 63.1 de la LDC (10, 5 o 1 por 100 para infracciones muy graves, graves y leves, respectivamente). La ley establece que estos porcentajes se aplicarán sobre «el volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa». Además, cuando sea posible calcular el beneficio resultante de la infracción (beneficio ilícito del infractor), la multa no podrá ser inferior al mismo, para verificar que la sanción cumple con el objetivo disuasorio, siempre y cuando no supere el porcentaje sobre el volumen de negocios total, antes mencionado. El beneficio ilícito se configura así como un límite mínimo de la multa en el caso de que pueda ser calculado.

²⁴ Para la fundamentación de este porcentaje sobre el volumen de ventas como proxy para el cálculo de la multa, véase *infra* apartado 7 de este artículo sobre el importe óptimo de las multas según la teoría económica.

3. LA POLÍTICA SANCIONADORA DE LA CNC REFLEJADA EN SUS RESOLUCIONES

A pesar de que la Comunicación de Sanciones ha sido utilizada por la CNC en la mayoría de los casos desde su publicación²⁵, ha sido en las resoluciones más recientes donde la metodología de su aplicación se ha explicitado con mayor detalle. Así, por ejemplo, en el expediente S/0342/11, *Espuma de Poliuretano*²⁶ se relata exhaustivamente el proceso de cálculo de la multa (15 páginas de la resolución), incluyendo la definición del mercado afectado para la sanción, el proceso de obtención de la información, el tipo a aplicar según la gravedad, la aplicación de atenuantes y agravantes y la aplicación del límite del 10 por 100 (infracción muy grave) del volumen de negocios total. Otras resoluciones recientes con un análisis pormenorizado de la aplicación de la Comunicación de Sanciones incluirían, por ejemplo, el expediente S/0303/10, *Distribuidores Saneamiento*²⁷ o S/0380/11, *Coches de Alquiler*²⁸.

Una de las principales dificultades a las que se enfrenta la CNC para aplicar la Comunicación de Sanciones es la ausencia de datos o su carácter incompleto. En estos casos, la CNC realiza estimaciones en función de los datos disponibles para cada caso, incluyendo datos de empresas competidoras, estimaciones en función de la facturación de la empresa en otros mercados o a través de datos públicos. Por ejemplo, en el expediente S/0312/10, *Carpa Dorada y Club de Variedades Vegetales Protegidas*²⁹ se detalla (a partir de la p. 76) una estimación del volumen de negocios de los asociados

²⁵ La Comunicación no es un documento legal, sino que se trata de un documento autolimitativo de la CNC, por lo que la metodología de cálculo de la sanción puede utilizar otros criterios siempre que se respeten los límites previstos en la LDC. La propia Comunicación así lo refleja en su párrafo 4. En cuanto a la naturaleza de la Comunicación de Sanciones, véase la Sentencia de la AN de 8 de marzo de 2013, Rec. 540/2010, relativa al expediente S/0091/08, *Vinos Finos de Jerez* (rec. BODEGAS WILLIAMS & HUMBERT), ponente D.^a Lucía Acín, FJ 8.º: «Considera el recurrente que la aplicación de la Comunicación sobre cuantificación de las sanciones supone una clara vulneración del principio de legalidad y de la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras menos favorables. En este caso las conductas sancionadas por la resolución recurrida comienzan cuando está vigente la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia y continúan bajo la vigencia de la LDC 15/2007. La resolución recurrida en el fundamento de derecho primero señala que aplica la nueva Ley ya que la conducta cuya sanción se pretende está idénticamente regulada y no consta que la aplicación de la nueva Ley implique para alguno de los imputados un perjuicio mayor. El recurrente no razona por qué en su caso la aplicación de la Ley 16/1989 le resultaría mas beneficiosa. En cuanto a la comunicación sobre cuantificación de sanciones la misma no es una disposición sancionadora (las sanciones están fijadas en una norma con rango de ley) ya que son unas directrices dictadas por la propia Comisión al amparo de la disposición adicional tercera de la LDC 2007 en orden a aclarar los principios que guían su actuación a la hora de cuantificar el importe de las multas dado el margen de apreciación que le otorga la Ley dentro de los límites legalmente previstos. Por lo tanto la aplicación de la misma no supone vulneración alguna del principio de legalidad».

²⁶ Resolución de la CNC de 28 de febrero de 2013, expediente S/0342/11, *Espuma de Poliuretano*.

²⁷ Resolución de la CNC de 23 de mayo de 2013, expediente S/303/10, *Distribuidores Saneamiento*.

²⁸ Resolución de la CNC de 30 de julio de 2013, expediente S/0380/11, *Alquiler de Coches*.

²⁹ Resolución de la CNC de 4 de julio de 2013, expediente S/0312/10, *Carpa Dorada y Club de Variedades Vegetales Protegidas*.

del Club de Variedades Vegetales Protegidas (CVVP) «atendiendo al volumen total de fruta envasada cada año, su precio medio y el porcentaje que representan los socios comercializadores de CVVP también cada año».

En el expediente S/0316/10, *Sobres de Papel*³⁰, para subsanar la ausencia de datos en los casos de las empresas que no contestaron o contestaron insatisfactoriamente al requerimiento de información, la CNC partiendo de la información disponible sobre un mercado más amplio, estimó la dimensión del mercado, más pequeño, afectado por la infracción.

En otros casos, ante la ausencia absoluta de datos por parte de las empresas, se procedió a utilizar los datos del último ejercicio disponible en las cuentas presentadas ante el Registro Mercantil. Este es el caso, por ejemplo, de la empresa Hornamosopan en el expediente S/376/11, *Panaderías Pamplona*³¹, o de la compañía Tubogrif en el expediente S/0303/10, *Distribuidores de Saneamiento*³².

Aun cuando la Comunicación indica la aplicación de un porcentaje del 10 por 100 o superior al volumen de ventas afectado para obtener el Importe Básico, la práctica de la CNC revela que se han aplicado tipos inferiores al 10 por 100 siempre que el alcance de la conducta o la participación de la empresa en la misma lo hacía necesario, en virtud del principio de proporcionalidad³³. Sin realizar una recopilación exhaustiva, este es el caso de los expedientes S/0185/09, *Bombas de Fluidos*³⁴ (tipos del 1 y 3 por 100 sobre el volumen de facturación por dos infracciones diferenciadas de la LDC); S/0231/10, *Productos Hortofrutícolas* (un tipo del 1 por 100 debido a «la falta de efectividad del acuerdo»); S/0300/10, *Mazda Automóviles de España* (un tipo del 0,3 por 100 debido a que «resulta probable que la misma no haya afectado a todos los vehículos Mazda vendidos en el periodo imputado») o S/0305/10, *Uvas de DO Valdepeñas* (un tipo del 3 por 100 pues «los asociados relevantes no siguieron la consigna de la asociación»).

En cuanto a la aplicación de agravantes y atenuantes es importante destacar la aplicación que se realiza del agravante de reincidencia, el utilizado con mayor frecuencia³⁵. En la propia Comunicación de Sanciones se establece en su párrafo 18 que «[s]e entenderá que la comisión de una

³⁰ Resolución de la CNC de 25 de marzo de 2013, expediente S/0316/10, *Sobres de Papel*.

³¹ *Ibid.*, pp. 19 y 43.

³² Resolución de la CNC de 23 de mayo de 2013, expediente S/303/10, *Distribuidores Saneamiento*, p. 150.

³³ El párrafo 4 de la Comunicación prevé la posibilidad, excepcional, de la CNC de apartarse de la metodología de la comunicación cuando concurran circunstancias excepcionales. En concreto, dice la Comunicación: «La metodología general para la cuantificación de las multas contenida en la presente Comunicación será aplicada con carácter general. *Excepcionalmente*, la CNC podrá encontrar necesario, para cumplir con el objetivo sancionador, la aplicación circunstancial de otros criterios, que deberán estar suficientemente motivados. Razones como la dificultad de alcanzar los objetivos de la Comunicación contenidos en (3) o la imposibilidad material de aplicar la metodología general por ausencia de información, pueden hacer necesario el empleo de otros criterios no explicitados en la presente Comunicación y conformes en todo caso con lo establecido en la Ley» (cursiva añadida).

³⁴ Resolución de la CNC de 24 de junio de 2011, expediente S/0185/09, *Bombas de Fluidos*.

³⁵ Algunos autores consideran que la agravante por reincidencia no está suficientemente castigada en España. En este sentido, conviene destacar que mientras la Comunicación de la CNC establece

infracción con anterioridad a la comisión de la infracción sancionada supone una circunstancia agravante cuando: (i) Existe una resolución firme en vía administrativa o una sentencia judicial en la que se declare acreditada la comisión de la infracción anterior. (ii) Dicha resolución sancionadora se ha dictado en los diez años anteriores a la comisión de la infracción que se pretende sancionar». En este sentido es de resaltar la aplicación de este criterio en el expediente S/0331/11, *Naviera Marruecos*³⁶, donde el agravante se aplica «al volumen de negocios generado desde la firmeza de la resolución», independientemente de que la infracción se iniciase con anterioridad a la existencia de una resolución firme.

Entre la variedad de atenuantes considerados o solicitados por las empresas es importante destacar tres expedientes donde el Consejo ha realizado importantes aclaraciones en cuanto a la aplicación del atenuante de colaboración activa y efectiva, del atenuante de confianza legítima y del atenuante de situaciones económicas especiales, o crisis.

En cuanto al atenuante de colaboración activa y efectiva con la CNC (recogido en el art. 64.3 letra *d*), la CNC ha matizado que, para poder tomarlo en consideración como atenuante, la colaboración debe ir «más allá del estricto cumplimiento del deber de colaboración que el art. 39 de la LDC les impone». Así, en el expediente S/0342/11, *Espuma de Poliuretano*³⁷, se rechazó la aplicación de este atenuante en la medida en que, según la CNC, los solicitantes no «han sido capaces de contribuir activamente a una mejor instrucción de los hechos probados, incluso a ratificar las conductas con la aportación de evidencia». Por el contrario, en el expediente S/0316/10, *Sobre de Papel*³⁸, se concedió un atenuante del 15 por 100 a la empresa Plana «en la medida en que la conducta de PLANA ha ido más allá del estricto cumplimiento del deber de colaboración que el artículo 39 de la LDC le impone, reconociendo de forma explícita los hechos y su participación en la infracción».

Respecto a la consideración de la confianza legítima como atenuante, el Consejo aclaró que este no procede cuando la administración tiene un rol pasivo o facilitador de la práctica y ha sido rechazado en todos los casos solicitados³⁹.

Los supuestos de situaciones económicas especiales han adquirido una especial relevancia, tanto por la situación económica actual, como por la

un agravante de hasta el 15 por 100 por reincidencia, la Comisión Europea contempla un agravante de hasta el 100 por 100 en sus Directrices para el cálculo de las multas, *op. cit.*, *supra* nota 16.

³⁶ Resolución de la CNC de 7 de noviembre de 2012, expediente S/0331/11, *Navieras*.

³⁷ Resolución de la CNC de 28 de febrero de 2013, expediente S/0342/11, *Espuma de Poliuretano*.

³⁸ Resolución de la CNC de 10 de julio de 2013, expediente S/0316/10, *Sobres de Papel*.

³⁹ Resoluciones de la CNC de 8 de febrero de 2012, expediente S/0207/09, *Transporte de Televisión*; de 10 de noviembre de 2011, expediente S/0241/10, *Navieras Ceuta-2*; de 13 de mayo de 2011, expediente S/0159/09, *UNESA y Asociados*; o de 26 de abril de 2011, expediente S/0107/08, *Plataforma del Mejillón*. Al respecto, interesa señalar que el atenuante de «confianza legítima» o su versión *light* de «confusión normativa» fundamentan muchas de las estimaciones parciales de los recursos contra las resoluciones de la CNC. Véase *infra* la nota 55.

clarificación o redefinición de los criterios sobre la reducción de multas por incapacidad contributiva (*inability to pay*)⁴⁰ que permitieron una mayor facilidad para aplicar dicha reducción⁴¹. No obstante, el Consejo no ha considerado la situación económica como una circunstancia atenuante en la medida en que esta circunstancia ya vendría contemplada en el límite de la sanción recogido en el art. 63.1 de la LDC⁴².

En este sentido es importante resaltar que aquellas empresas que encontrándose en situación de concurso de acreedores acrediten no haber realizado actividad en el año anterior a la sanción, no serán objeto de imposición de sanción debido a que la propia aplicación del límite del art. 63.1 de la LDC supondría en este caso sanciones de 0 euros, ante la no realización de volumen de ventas en el año previo a la imposición de la sanción. Es el caso, por ejemplo, de la compañía CEGAMA en el expediente S/0316/10, *Sobres de Papel*⁴³, o de la compañía ESINCA en el expediente S/0342/11, *Espuma de Poliuretano*⁴⁴.

Por último, como ya hemos avanzado, la Comunicación de Sanciones también recogía en el párrafo 19 la necesidad de que la multa no sea inferior al beneficio ilícito del infractor, cuando su cálculo sea posible. En el expediente S/0211/09, *Endesa Instalación*⁴⁵, fue posible realizar ese cálculo identificando el beneficio ilícito obtenido como la cuantía «equivalente a las cantidades cobradas en el periodo comprendido entre el 19 de marzo de 2008 hasta el 31 de diciembre de 2009» y por tanto la sanción fue fijada como el «importe cobrado en concepto de entronque y conexión durante el periodo».

⁴⁰ Nota Informativa de la DGCOMP de la UE de 12 de junio de 2010: «Inability to pay under paragraph 35 of the 2006 Fining Guidelines and payment conditions pre- and post-decision finding an infringement and imposing fines» disponible en la página web de la DGCOMP <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/2/2010/EN/2-2010-737-EN-2-0.Pdf>.

⁴¹ La primera reducción de sanción por incapacidad contributiva se produjo en el caso *Heat Stablisers*, Decisión de la Comisión de 11 de noviembre de 2009, expediente COMP/38589.

⁴² Esta visión ha sido confirmada ya por la AN en varias ocasiones. Véase por ejemplo su Sentencia de 22 de enero de 2013, Rec. 697/2011, relativa al expediente S/0226/10, *Licitaciones Carreteras* (rec. Gevora Construcciones, S. A.), ponente D.^a María Asunción Salvo, FJ 8.º En concreto, la AN señala que: «La ley no ha previsto que se considere circunstancia atenuante la situación financiera de la empresa ni la situación de crisis económica, como tampoco es circunstancia agravante la buena situación económica de la entidad o general». Véase también la Sentencia de 17 de junio de 2013, Rec. 673/2011, relativa al expediente S/0226/10, *Licitaciones Carreteras* (rec. Ascan), ponente D.^a Concepción Mónica Montero, FJ 6.º: «Las situaciones de crisis económica no están previstas legalmente como atenuante y no puede apreciarse como tal porque es ajena a la conducta, ni la situación de negocio de la entidad. La Comisión ha considerado la situación económica —saturación, reestructuración o caída de ventas— porque tales circunstancias afectaban directamente a la conducta, mientras que en el presente caso la colusión se produce en licitaciones para rehabilitación de carreteras efectivamente ofertadas, lo cual desvincula el comportamiento de una crisis en el sector».

⁴³ Resolución de la CNC de 10 de julio de 2013, expediente S/0316/10, *Sobres de Papel*.

⁴⁴ Resolución de la CNC de 28 de febrero de 2013, expediente S/0342/11, *Espuma de Poliuretano*.

⁴⁵ Resolución de 21 de febrero de 2012, expediente S/0211/09, *Endesa Instalación*.

4. LA REVISIÓN DE LAS MULTAS DE LAS RESOLUCIONES DE LA CNC POR LA AN

La CNC dispone de «un cierto margen de apreciación para fijar el importe de las multas [...], máxime si se considera que las sanciones de la LDC no tienen una finalidad exclusivamente represiva, sino también otra disuasoria en defensa de los intereses públicos concretados en un funcionamiento concurrencial del mercado»⁴⁶.

Es precisamente en el marco de este margen de apreciación en el que la CNC desarrolla su metodología de cálculo de las multas, siempre dentro de los criterios y límites que fija la LDC. Los órganos jurisdiccionales nacionales, en el ejercicio de su jurisdicción plena⁴⁷, también pueden revisar la cuantía de las multas impuestas por la CNC⁴⁸. Se trata en suma, tanto en el seno de la CNC como de la AN, de la valoración del principio de pro-

⁴⁶ Sentencia del TS de 10 de febrero de 2011, Rec. 3042/2008, relativa al expediente 606/05, *ASINEM-ENDESA*, ponente D. Eduardo Espín Templado, FJ 4.º Véase también la Sentencia del TS de 8 de junio de 2010, Rec. 4216/2007, relativa al expediente 568/03, *ASEMPRE/Correos*, y de 1 de diciembre de 2010, Rec. 2685/2008, relativa al expediente 598/05, *Panaderías de Valencia*, en ambas ponente D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat.

⁴⁷ Existe un apasionante debate sobre los límites revisores en sede jurisdiccional de la discrecionalidad técnica de los órganos administrativos. Mientras algunos autores argumentan que el juez debe limitarse al control de legalidad de las decisiones de los órganos administrativos, otros consideran que deben también abarcar los criterios técnicos de las decisiones, controlando así su discrecionalidad técnica [véase, por ejemplo, L. C. FERNÁNDEZ-ESPINAR, «El control judicial de la Discrecionalidad Administrativa. La necesaria revisión de la construcción dogmática del mito de la discrecionalidad y su control», en *Revista jurídica de Castilla y León*, núm. 26, 2012 (ejemplar dedicado a: Control judicial de las Administraciones Públicas), pp. 211-258, en la p. 246]. Este estudio excede con mucho el objetivo de este trabajo. No obstante, se trata de cuestiones especialmente importantes en el ámbito del Derecho de la competencia, en la medida en que los jueces con su revisión jurisdiccional perfilan los contornos de un Derecho que sigue siendo «relativamente joven» y por tanto en formación.

⁴⁸ El TS en su Sentencia de 8 de octubre de 2001, relativa al expediente *Pompas Fúnebres* (Resolución del TDC de 17 de julio de 1992), ponente D. Segundo Menéndez Pérez, afirmó que: «Tan sorprendentes motivos no pueden merecer más que una respuesta desestimatoria. Por las siguientes razones: A) La potestad sancionadora que ejerce la Administración [...] no se desenvuelve a través de una actuación administrativa que esté gobernada por el llamado principio de la discrecionalidad técnica; es, por el contrario, una actuación que ha de decidir sobre cuestiones jurídicas aplicando, de manera reglada, no discrecional, conceptos, elementos, pautas y criterios prefijados en normas jurídicas [...]. B) También es una cuestión jurídica a resolver en términos jurídicos la de decidir cual deba ser en el caso concreto la sanción, dentro del abanico previsto en la norma, adecuada a la gravedad del hecho constitutivo de la infracción. La obligada aplicación del principio de proporcionalidad se traduce en una actuación reglada, consistente en tomar en cuenta o en consideración, razonadamente y con la motivación precisa, los elementos, criterios y pautas que a tal fin se deduzcan del ordenamiento en su conjunto, o del sector de éste afectado, y en particular los que haya podido establecer la norma jurídica aplicable, cual es, en el caso enjuiciado, el artículo 10.2 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia. [...] D) Por tanto, no hay exceso en el ejercicio de la jurisdicción, sino observancia sin más de los mandatos constitucionales referidos al derecho a la tutela judicial (artículo 24.1) y al control de la legalidad de la actuación administrativa (artículo 106.1), cuando el órgano jurisdiccional, analizando una de las razones de impugnación del acto administrativo, como lo es la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, decide cual es la sanción adecuada en aplicación de ese principio de proporcionalidad y de las previsiones que a tal fin tenga establecidas la norma jurídica» (FJ 3.º, cursiva añadida). Igualmente, entre otras, la Sentencia del TS de 14 de febrero de 2007, relativa al expediente 515/01, *Bancos*, ponente D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat, afirmaba que «el mencionado principio de proporcionalidad o de la individualización de la sanción para adaptarla a la gravedad del hecho, hacen de la determinación de la sanción una actividad

porcionalidad en el ámbito administrativo sancionador que, conforme a lo dispuesto en el art. 131 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, según el TS se exige que «la sanción sea acorde con la naturaleza propia de la infracción, considerando las repercusiones concretas en el mercado y la dimensión geográfica del mercado, la duración de la conducta, la intencionalidad en la comisión del hecho infractor y la reincidencia en la comisión de infracciones, así como la capacidad económica del sujeto responsable de la infracción y para infringir daños a los consumidores y los perjuicios causados a los consumidores»⁴⁹.

Así las cosas, la AN ha procedido a estimar parcialmente algunos recursos⁵⁰, confirmando la comisión de la infracción, pero alterando finalmente la cuantía de la multa⁵¹ invocando el principio de proporcionalidad, ya sea procediendo a la sustitución directa del importe de la sanción⁵², ya sea remitiendo el expediente de nuevo a la autoridad para el cálculo de la multa según los criterios esbozados por la Audiencia⁵³.

reglada y, desde luego, resulta posible en sede jurisdiccional *no solo la confirmación o eliminación de la sanción impuesta sino su modificación a reducción*» (cursiva añadida).

⁴⁹ Sentencias del TS de 8 de marzo de 2012, Rec. 1589/2009, relativa al expediente 591/05, *Agencias de Viaje*; y de 8 de junio de 2010, Rec. 4216/2007, relativa al expediente 568/03, *ASEMPRE/Correos*, en ambas ponente D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat.

⁵⁰ La memoria de actividades de la CNC del periodo 2012-2013, *op. cit.*, *supra* nota 15, incluye un capítulo 7 dedicado a la revisión jurisdiccional de las resoluciones de la CNC. En la p. 61 se explica que, a fecha de cierre de esa memoria, había recaído ya pronunciamiento judicial en relación con 100 resoluciones de la CNC en el ámbito de las conductas por infracciones de los arts. 1, 2 y 3 LDC. De esos 100 pronunciamientos, 16 habían estimado parcialmente los recursos afectando a la resolución solo en lo que respecta a la cuantía de la multa (pero confirmando en su integridad la infracción de la LDC).

⁵¹ Véanse *infra* notas 52 y 53.

⁵² Sentencias de la AN de 10 de noviembre de 2010, Rec. 637/2009, relativa al expediente S/0044/08, *Propollo*, ponente D.^a María Asunción Salvo; de 22 de noviembre de 2010, Rec. 365/2009, en relación con el expediente S/2779/07, *Consejo Regulador Denominación de Origen Jerez y Manzanilla*, ponente D.^a Mercedes Pedraz; de 18 de enero de 2011, Rec. 266/2009, relativa al expediente de la CNC 649/08, *Farmacéuticos*, ponente D.^a Lucía Acín; de 13 de octubre de 2011, Rec. 795/2009, relativa al expediente S/0055/08, *Inprovo*, ponente D.^a Mercedes Pedraz; de 15 de febrero de 2012, Rec. 834/2009 relativa al expediente S/0053/08, *FIAB/CEOPAN*, ponente D.^a Ana Isabel Resa; de 20 de febrero de 2012, Rec. 595/2010, relativa al expediente S/0080/08, *Navieras Línea Cabotaje Ceuta-Algeciras* (rec. Euromaroc y Buquebús), ponente D.^a Mercedes Pedraz; de 28 de septiembre de 2012, Rec. 566/2010, relativa al expediente S/0196/09, *Colegio Notarial de Asturias*, ponente D.^a Lucía Acín; de 15 de octubre de 2012, Rec. 180/2010, relativa al expediente S/0014/07, *Gestión Residuos Sanitarios* (rec. Consenur SA) ponente D.^a Lucía Acín; de 31 de mayo de 2012, Rec. 608/2010 relativa al expediente S/0080/08, *Navieras Línea Cabotaje Ceuta Algeciras* (rec. Transmediterránea) ponente D.^a Mercedes Pedraz; de 31 de mayo de 2012, Rec. 598/2010, relativa al expediente S/0080/08, *Navieras Línea Cabotaje Ceuta Algeciras* (rec. Balearia) ponente D.^a Mercedes Pedraz; de 21 de enero de 2013, Rec. 603/2010, relativa al expediente S/0080/08, *Navieras Línea Cabotaje Ceuta Algeciras* (rec. Forde Reederei Seetouristik Iberia S. L.) ponente D.^a Concepción Mónica Montero; de 30 de mayo de 2013, Rec. 75/2012, relativa al expediente S/0154/09, *Montesa Honda*, ponente D.^a Mercedes Pedraz.

⁵³ Sentencias de la AN de 11 de mayo de 2011, Rec. 501/2009, relativa al expediente 648/08, *Hormigones de Cantabria* (rec. Tracman), ponente D.^a Concepción Mónica Montero; de 6 de marzo de 2013, Rec. 619/2010, relativa al expediente S/0091/08, *Vinos Finos de Jerez* (rec. Lastau, S. A.), ponente D.^a Concepción Mónica Montero; de 7 de marzo de 2013, Rec. 535/2010, relativa al expediente S/0091/08, *Vinos Finos de Jerez* (rec. González Byass, S. A.), ponente D.^a Mercedes Pedraz; de 8 de marzo de 2013, Rec. 540/2010, relativa al expediente S/0091/08, *Vinos Finos de Jerez* (rec. Bodegas Williams & Humbert), ponente D.^a Lucía Acín; de 13 de marzo de 2013, Rec. 742/2010,

La motivación para revisar la multa se sustenta en distintos tipos de motivos. Destacan las siguientes categorías: 1) alteración directa de la cuantía por considerar erróneo el criterio de cálculo (por ejemplo, supuesto en el que para calcular la multa a una asociación, se sumaron los importes que habrían correspondido a los asociados); 2) modificación de los elementos que se tienen en cuenta para el cálculo del importe (duración, efectos, mercado de ventas afectado, cifra de negocios, participación)⁵⁴; 3) cuestiones relativas al elemento subjetivo del tipo, *i. e.* la culpabilidad⁵⁵, y 4) revisión

relativa al expediente S/0091/08, *Vinos Finos de Jerez* (rec. D. Jesús Feris Ruiz y otros), ponente D.ª Ana Isabel Resa; de 21 de marzo de 2013, Rec. 699/2011, relativa al expediente S/0226/10, *Licitaciones Carreteras* (rec. Emilio Bolado), ponente D.ª Concepción Mónica Montero; de 10 de abril de 2013, Rec. 622/2010, relativa al expediente S/0167/09, *Productores de Uva y Mosto de Jerez* (rec. Pedro Romero, S. A.), ponente D.ª Ana Isabel Resa; de 29 de mayo de 2013, Rec. 715/2011, relativa al expediente S/0192/09, *Asfaltos* (rec. Aglomerados de León), ponente D.ª Mercedes Pedraz; de 12 de junio de 2013, Rec. 582/2010, relativa al expediente S/0091/08, *Vinos Finos de Jerez* (rec. CAYDSA), ponente D.ª Ana Isabel Resa; de 17 de junio de 2013, Rec. 673/2011, relativa al expediente S/0226/10, *Licitaciones Carreteras* (rec. Ascan), ponente D.ª Concepción Mónica Montero; de 17 de junio de 2013, Rec. 599/2010, en relación con el expediente S/0210/08, *Transitarios* (rec. Blue Water Shipping España), ponente D.ª Concepción Mónica Montero; de 24 de junio de 2013, Rec. 620/2010, relativa al expediente S/0091/08, *Vinos Finos de Jerez* (rec. FEDEJEREZ), ponente D.ª Lucía Acín; de 24 de junio de 2013, Rec. 29/2012, relativa al expediente S/0269/10, *Transitarios 2* (rec. BCN Aduanas y Transportes, S. A.), ponente D.ª Concepción Mónica Montero.

⁵⁴ Sentencias de la AN de 18 de enero de 2011, Rec. 266/2009, relativa al expediente de la CNC 649/08, *Farmacéuticos*, ponente D.ª Lucía Acín (FJ 8.º: «En este caso no se puede considerar como circunstancia agravante tal como hace la resolución recurrida los efectos en el mercado por cuanto no han quedado constatados»); de 11 de mayo de 2011, Rec. 501/2009, relativa al expediente 648/08, *Hormigones de Cantabria* (rec. Tracman), ponente D.ª Concepción Mónica Montero (FJ 8.º: «Sí apreciamos, sin embargo, el acierto de la alegación actora en relación a la consideración de la duración de su participación para fijar la sanción [...]. Por ello hemos de rebajar el porcentaje aplicado a la entidad actora para fijar la sanción, que habrá de ser el 7% del promedio de su volumen de ventas durante el periodo considerado»; de 21 de marzo de 2013, Rec. 699/2011, relativa al expediente S/0226/10, *Licitaciones Carreteras* (rec. Emilio Bolado), ponente D.ª Concepción Mónica Montero; de 12 de junio de 2013, Rec. 582/2010, relativa al expediente S/0091/08, *Vinos Finos de Jerez* (rec. CAYDSA), ponente D.ª Ana Isabel Resa (FJ 6.º: «Sin embargo la Sala solo considera acreditada la participación de la actora a la reunión de 23 de junio de 2008 [...] la Sala estima que la sanción a imponer a la actora debe ser del 3% del volumen de ventas de vinos de Jerez para el mercado BOB [...] en el ejercicio anterior a la fecha de la Resolución»); de 29 de mayo de 2013, Rec. 715/2011, relativa al expediente S/0192/09, *Asfaltos* (rec. Aglomerados de León), ponente D.ª Mercedes Pedraz; de 24 de junio de 2013, Rec. 29/2012, relativa al expediente S/0269/10, *Transitarios 2* (rec. BCN Aduanas y Transportes, S. A.), ponente D.ª Concepción Mónica Montero.

⁵⁵ Sentencias de la AN de 13 de octubre de 2011, Rec. 795/2009, relativa al expediente S/0055/08, *Inprovo*, ponente D.ª Mercedes Pedraz (FJ 9.º: «Las circunstancias del contexto jurídico-económico en la que la publicación de las notas de prensa enjuiciadas tuvo lugar es igualmente relevante»); de 22 de noviembre de 2010, Rec. 365/2009, en relación con el expediente S/2779/07, *Consejo Regulador Denominación de Origen Jerez y Manzanilla*, ponente D.ª Mercedes Pedraz (FJ 7.º: «Ahora bien: entiende esta Sala que la infracción ha sido cometida en un contexto normativo que como resulta de los razonamientos expuestos en los anteriores fundamentos jurídicos debe atenuar el criterio de culpabilidad de dolo a culpa, y por lo tanto, afectar para disminuirlo al importe de la multa»); de 8 de marzo de 2013, Rec. 540/2010, relativa al expediente S/0091/08, *Vinos Finos de Jerez* (rec. Bodegas Williams & Humbert), ponente D.ª Lucía Acín (FJ 7.º: «El contexto jurídico en el que se desarrollaron las actuaciones constitutivas de la infracción del art. 1 LDC y 101 TFUE, que en otras resoluciones de la propia CNC relativas al marco del vino de Jerez ha sido definido de “incertidumbre jurídica” [...] conlleva en este concreto supuesto que esa intencionalidad quede afectada y reducida a culpa o negligencia [...]»); de 20 de febrero de 2012, Rec. 595/2010, relativa al expediente S/0080/08, *Navieras Línea Cabotaje Ceuta-Algeciras* (rec. Euromaroc y Buquebús), ponente D.ª Mercedes Pedraz (FJ 7.º: «Si bien [...] no ha quedado excluido el elemento subjetivo de la infracción por la alegada confianza legítima, la actuación de la Administración sectorial debe ser tenida en cuenta para atenuar la responsabilidad de la actora y disminuir el importe de la multa»; de 31 de mayo de 2012, Rec. 608/2010 relativa al ex-

de la estimación de las circunstancias atenuantes o agravantes⁵⁶, siempre en virtud del principio de proporcionalidad.

5. LA RECIENTE DOCTRINA DE LA AN EN RELACIÓN CON LA METODOLOGÍA DE CÁLCULO DE LAS MULTAS: SENTENCIAS RELATIVAS AL EXPEDIENTE S/0091/08, *VINOS FINOS DE JEREZ*

Tras la aprobación de la Comunicación de Sanciones, podría pensarse que la claridad de los criterios para la graduación de multas de la LDC, junto

pediente S/0080/08, *Navieras Línea Cabotaje Ceuta Algeciras* (rec. Transmediterránea) ponente D.ª Mercedes Pedraz, FJ 9.º: «Por el contrario, la Sala considera que la actividad administrativa realizada por el Ministerio de Fomento, y las modificaciones normativas que se sucedieron mediante la actividad de la SGT deben tenerse en cuenta en la valoración de la sanción que corresponde imponer a la actora para atenuar su responsabilidad y en consecuencia disminuir el importe de la misma»; de 21 de enero de 2013, Rec. 603/2010, relativa al expediente S/0080/08, *Navieras Línea Cabotaje Ceuta Algeciras* (rec. Forde Reederei Seetouristik Iberia, S. L.) ponente D.ª Concepción Mónica Montero, citando expresamente el mismo argumento de la Sentencia de 31 de mayo en cuanto a la atenuación de sus responsabilidad por la intervención del Ministerio de Fomento y las modificaciones normativas; de 28 de septiembre de 2012, Rec. 566/2010, relativa al expediente S/0196/09, Colegio Notarial de Asturias, ponente D.ª Lucía Acín; de 15 de octubre de 2012, Rec. 608/2011, relativa al expediente S/0167/09, *Productores de Uva y Mosto de Jerez* (rec. AECOVI-JEREZ SCA), ponente D.ª Mercedes Pedraz, FJ 6.º: «La suma de las dificultades en la interpretación descritas por la CNC y la actuación administrativa, aunque no sitúan a AECOVI dentro de los límites del principio de confianza legítima, si excluyen el elemento intencional en la comisión de la infracción»; de 17 de octubre de 2012, Rec. 609/2011, relativa al expediente S/0167/09, *Productores de Uva y Mosto de Jerez* (rec. Consejo Regulador de las DO), ponente D.ª Concepción Mónica Montero, FJ 7.º: «Uniendo los tres elementos [...], su comportamiento revela la conciencia de estar actuando dentro de la legalidad; lo que implica ausencia de elemento subjetivo del injusto»; de 10 de abril de 2013, Rec. 622/2010, relativa al expediente S/0167/09, *Productores de Uva y Mosto de Jerez* (rec. Pedro Romero, S. A.), ponente D.ª Ana Isabel Resa, FJ 6.º: «Conlleva en este concreto supuesto que esa intencionalidad quede afectada y reducida a culpa o negligencia al quedar en entredicho la ilegalidad de las conductas por la intervención del Consejo Regulador» (aunque en este caso concreto, la multa también se ve afectada por los criterios de la AN para la interpretación del límite máximo del 10 por 100).

⁵⁶ Sentencias de la AN de 10 de noviembre de 2010, Rec. 637/2009, relativa al expediente S/0044/08, *Propollo*, ponente D.ª María Asunción Salvo (FJ 7.º: «Resulta en consecuencia que tales circunstancias deben operar como atenuantes con la necesaria consecuencia de disminuir el importe de la sanción impuesta, que esta Sala considera aplicando el principio de proporcionalidad más ajustado en la suma de 100.000 euros»); de 15 de febrero de 2012, Rec. 834/2009 relativa al expediente S/0053/08, *FIAB/CEOPAN*, ponente D.ª Ana Isabel Resa (FJ 7.º: «Ahora bien en este caso la CNC no ha establecido circunstancias particulares que determinen una mayor gravedad de la conducta realizada por FIAB que por las otras empresas sancionadas a las que ha aplicado una circunstancia agravante, por lo que se considera adecuado dado los criterios que ha tenido en cuenta la CNC para graduar la sanción reducir la misma a 300.000 €». Idéntica argumentación se recoge en Sentencia de la AN de 10 de noviembre de 2011, Rec. 846/2009, relativa al mismo expediente sancionador, pero con ocasión del recurso interpuesto por CEOPAN, siendo ponente D.ª Lucía Acín. Es interesante también resaltar la sentencia de la AN de 22 de noviembre de 2010, Rec. 365/2009, en relación con el expediente S/2779/07, *Consejo Regulador Denominación de Origen Jerez y Manzanilla*, ponente D.ª Mercedes Pedraz. Aunque inicialmente parece que la sala aprecia la concurrencia de elementos que afectan a la culpabilidad del Consejo Regulador, lo que en virtud del principio de proporcionalidad le merecería una reducción de la sanción, en otro momento señala que la CNC no había considerado determinadas circunstancias relativas a la normativa vigente, que deberían haber sido tenido en cuenta como atenuantes para disminuir la sanción (FJ 7.º, *in fine*: «Resulta en consecuencia que si bien no puede entenderse que actuó dentro de los límites de confianza legítima, ni puede entenderse que la normativa de aplicación la indujo a un error insalvable, sí deben considerarse tales circunstancias como atenuantes con la consecuencia de disminuir el importe de la sanción impuesta, que esta Sala

con el detalle pormenorizado de los mismos en la Comunicación, dotarían de mayor precisión a la cuantificación de sanciones por parte de la CNC, ayudando a los jueces a comprender la metodología y base de la imposición de las sanciones. Así había sucedido a nivel comunitario con las sucesivas comunicaciones de multas adoptadas por la Comisión Europea⁵⁷.

No obstante, vista la jurisprudencia más reciente de la AN al respecto, cabe preguntarse si las razones que subyacen en las discrepancias sobre el cálculo de las sanciones de la CNC, responden a cuestiones sobre la valoración de los criterios empleados o al nivel que las multas han alcanzado.

Así, el 6 de marzo de 2013 la AN dictó una sentencia⁵⁸ en respuesta al recurso de la empresa Emilio Lastau, S. A., que había sido sancionada por la Resolución de la CNC de 28 de julio de 2010 (expediente S/0091/08, *Vinos Finos de Jerez*)⁵⁹. En ella, se inicia una línea jurisprudencial, a nuestro juicio, confusa, en ocasiones contradictoria, y abiertamente cuestionada en una serie de votos particulares contundentes y reiterados por una de las magistradas de la sala sexta de la AN. En esta Sentencia no se tratan cuestiones puntuales del expediente concreto relativas, como hemos visto, al elemento intencional, los agravantes o atenuantes, posibles errores de cálculo o acreditaciones insuficientes de la participación de alguna de las empresas o de la práctica en sí⁶⁰. Por el contrario, se trata de cuestiones que afectan al núcleo de la metodología del cálculo de las sanciones, con implicaciones muy relevantes para la eficacia de la política de competencia que, quizá, no hayan sido debidamente valoradas por la AN. Veamos.

La Audiencia interpreta que la multa por infracciones de competencia debe calcularse a partir del límite del 10 por 100 del volumen de negocios total en el ejercicio inmediatamente anterior que impone el art. 63 de la LDC. Dicho «volumen de negocios total» considera la Audiencia que se refiere al volumen de negocios afectado por la infracción de competencia, esto es, el volumen de negocios que la empresa haya obtenido en un determinado mercado infringiendo la LDC. Además, las ventas afectadas a considerar quedarían limitadas a las obtenidas en el ejercicio inmediata-

considera aplicando el principio de proporcionalidad más ajustado en la suma de cien mil euros»; de 30 de mayo de 2013, Rec. 75/2012, relativa al expediente S/0154/09, *Montesa Honda*, ponente D.ª Mercedes Pedraz, donde la AN considera que, al no apreciarse atenuantes ni agravantes, procedía la imposición de la sanción en el grado medio «en este caso, el 5% de la cifra tomada en consideración por la CNC».

⁵⁷ Véanse por ejemplo, las Sentencias del TGUE de 16 de junio de 2011, asunto T-211/08, *Putters International/Comisión*; de 16 de junio de 2011, en el asunto T-240/07, *Heineken Nederland*; o de 12 de diciembre de 2012, asunto T-352/09, *Novácke Chemické Závody*.

⁵⁸ Sentencia de la AN de 6 de marzo de 2013, Rec. 619/2010, relativa al expediente S/0091/08, *Vinos Finos de Jerez* (rec. Lastau, S. A.), ponente D.ª Concepción Mónica Montero.

⁵⁹ Conviene señalar que la propia Audiencia reconoce que la demandante no había planteado ni siquiera la cuestión en los términos que analiza. Simplemente había alegado falta de proporcionalidad en la sanción impuesta lo que, a juicio de la Audiencia, implicaba realizar necesariamente un juicio previo sobre la mecánica del cálculo de las multas. Véase la Sentencia de la AN de 6 de marzo de 2013, Rec. 619/2010, relativa al expediente S/0091/08, *Vinos Finos de Jerez* (rec. Lastau, S. A.), ponente D.ª Concepción Mónica Montero, FJ 8.º

⁶⁰ Sentencia de la AN de 9 de julio de 2013, Rec. 490/2011, en relación con el expediente S/0185/09, *Bombas de Fluidos* (rec. WILO Ibérica, S. A.), ponente D.ª Lucía Acín.

mente anterior al de la resolución de la autoridad de competencia. Así, para calcular la cuantía de la multa, basta con aplicar un porcentaje de entre un 0 y un 10 por 100 (mayor o menor en función de la gravedad de la conducta) a las ventas de la empresa obtenidas en el mercado afectado en el año inmediatamente anterior. Nada se dice respecto a cómo operarían la aplicación de agravantes o atenuantes.

La Audiencia justifica este nuevo método de cálculo en el principio de legalidad y la doctrina constitucional, así como en la inaplicabilidad de los criterios desarrollados por la Comisión Europea y los Tribunales comunitarios en relación con el Reglamento 1/2003⁶¹, sobre todo en lo que se refiere a la potestad sancionadora, para luego invocar la doctrina constitucional sobre el principio de legalidad⁶² y concluir que su interpretación se fundamenta en el principio de proporcionalidad, la finalidad de la norma sancionadora y el ámbito de vulneración⁶³.

En sentencias posteriores relativas al mismo expediente de la CNC, la Audiencia sigue manteniendo la misma metodología para el cálculo de

⁶¹ En concreto, la AN considera que «b) Las amplias facultades que el Reglamento CEE 1/2003 otorga a la Comisión en la graduación de las sanciones, no son trasladables a la CNC, de una parte, porque el Derecho Europeo no se las concede, de otra parte, porque el Derecho español lo impide por rango constitucional, y, por último, porque no existe semejanza entre la naturaleza jurídica de la Comisión y de la CNC».

⁶² «Fuera de toda duda la prevalencia del Derecho europeo sobre el nacional en virtud de cesión de soberanía [...] [esta] no implica que el esquema de atribución de competencias a la Comisión en materia de Defensa de la Competencia, implique su traslado automático a los órganos nacionales de Defensa de la Competencia, dada su diferente naturaleza y ámbito de actuación: [...] Resulta clara que la tipificación europea de las conductas contrarias a la libre competencia vinculan a las autoridades nacionales [...]; pero también resulta claro que la imposición de las multas sancionadoras se rige por el Derecho nacional. Así cosas, la interpretación de la naturaleza del límite del 10% de sanción a que se refieren los artículos 10 de la Ley 16/1989 y 63 de la Ley 15/2007, ha de hacerse conforme a la legislación nacional española; y a tal efecto, es esencial la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el principio de legalidad consagrado en el artículo 25 de la Constitución». [...]. Interpretar los artículos 10 y 63 en el sentido de que el 10% del volumen de negocios opera exclusivamente como límite a la cuantificación de las sanciones que la CNC pueda imponer, de suerte que tal órgano administrativo es libre de aplicar cualesquiera porcentajes sobre el valor de las ventas de los bienes y servicios o volumen de negocio en relación directa o indirecta con la infracción, contradice frontalmente el principio de *Lex certa* y *reserva legal*, respecto de las sanciones administrativas que recoge el artículo 25 de la Constitución en la interpretación que de este precepto nos da el TC [...]. En conclusión hemos de señalar: a) Una interpretación del límite del 10% conforme a la Constitución, exige entender que el mínimo de la sanción será el 0% y el máximo el 10% debiendo graduarse la multa dentro de esta escala, según las agravantes y atenuantes concurrentes, valorando su duración y gravedad, desde la perspectiva de la escala establecida por el legislador de 2007, respecto de las infracciones leves —hasta el 1%—, de las graves —hasta el 5%—, y de las muy graves —hasta el 10%—. Nada impide que las respectivas multas se fijen en atención a toda la escala, pero razonando en cada caso la concreta gravedad en la conducta de cada infractor que justifique la fijación del concreto porcentaje (cursiva añadida), Sentencia de la AN de 6 de marzo de 2013, Rec. 619/2010, relativa al expediente S/0091/08, *Vinos Finos de Jerez* (rec. Lastau, S. A.), ponente D.ª Concepción Mónica Montero, FJ 8.º

⁶³ En concreto, dice la AN: «Esta interpretación debe realizarse sobre la base de determinados criterios: a) la proporcionalidad: tomar las totales actividades de la empresa, aún aquellas ajenas al ámbito de la infracción, no es proporcional a la infracción reprimida, b) finalidad de la norma: consiste en la represión de las conductas contrarias a la libre competencia, en el ámbito donde se produzcan, y c) ámbito de la vulneración: el sector afectado por la conducta es el parámetro de protección de la libre competencia», Sentencia de la AN de 6 de marzo de 2013, Rec. 619/2010, relativa al expediente S/0091/08, *Vinos Finos de Jerez* (rec. Lastau, S. A.), ponente D.ª Concepción Mónica Montero, FJ 9.º

las multas, aunque la fundamentación es más parca y no entra siempre en cuestiones relativas a la inaplicabilidad del Derecho comunitario o la doctrina constitucional. Más bien al contrario, tras concluir que el límite de la sanción viene referido al mercado afectado por la infracción en virtud del principio de proporcionalidad y la finalidad de la norma, recuerdan una sentencia del Tribunal General de la UE para reforzar su fundamentación.

6. CRÍTICA A LA DOCTRINA DE LA AN EN RELACIÓN CON LA METODOLOGÍA DE CÁLCULO DE LAS MULTAS: SENTENCIAS RELATIVAS AL EXPEDIENTE S/0091/08, *VINOS DE JEREZ*⁶⁴

A. DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO ESPAÑOL

La Audiencia parece entrelazar conceptos que hasta entonces habían estado separados: el volumen de negocios que se toma en cuenta para el cálculo de la multa, y el volumen de negocios que se toma en cuenta para calcular el límite de la multa. Además, invierte la forma en la que se consideran ambos conceptos. Esta confusión subyace a las contradicciones en las que incurrían las sentencias.

En primer lugar, en lo que respecta al límite de la multa del art. 63⁶⁵ de la LDC, tradicionalmente, tanto el TDC respecto a la disposición similar que se contenía en el art. 10 de la Ley 16/1989, como la CNC habían aplicado el límite con la misma finalidad que la Comisión Europea en los procedimientos comunitarios (así como el conjunto de las autoridades de competencia de nuestro entorno): como un límite para salvaguardar la viabilidad financiera de las empresas, asegurando que la multa no implique su quiebra. La AN se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre la finalidad del límite en este mismo sentido⁶⁶.

⁶⁴ Aunque a lo largo del texto nos referimos a las sentencias de la AN relativas al expediente *Vinos de Jerez*, conviene tener en cuenta que la AN ha recogido esta doctrina para la cuantificación de las multas en sentencias posteriores relativas a otros expedientes (por ejemplo, *Licitaciones Carreteras* y *en Transitarios*. Véase *supra* nota 53.

⁶⁵ El art. 63, apartado 1, de la LDC establece que:

«1. Los órganos competentes podrán imponer [...] las siguientes sanciones:

a) Las infracciones leves con multa de hasta el 1 por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa.

b) Las infracciones graves con multa de hasta el 5 por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa.

c) Las infracciones muy graves con multa de hasta el 10 por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa».

La dicción contenida en el art. 63.1 de la LDC es, si cabe, más claro que la del art. 10 de la antigua Ley de defensa de la competencia 16/1989, por cuanto añade a la anterior redacción el adjetivo «total»: «[...] 10 por ciento del volumen de negocios *total* de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa».

⁶⁶ Sentencias de la AN de 5 de febrero de 2013, Rec. 420/2011, relativa al expediente S/0185/09 *Bombas de Fluidos* (rec. ESPA 2025, S. L.), ponente D.^a Lucía Acín; de 13 de febrero de 2013, Rec. 377/2011, relativa al expediente S/0185/09, *Bombas de Fluidos* (rec. Sterling Fluid Systems), ponente D.^a María Asunción Tambo; de 26 de febrero de 2013, Rec. 646/2011, relativa al expediente S/0226/10, *Licitaciones Carreteras* (rec. BECSA), ponente D.^a Lucía Acín; de 5 de marzo de 2013,

En la mayoría de las jurisdicciones donde existe este límite⁶⁷, cumple exactamente la misma finalidad y se aplica de la misma forma (tras calcular la multa conforme a los criterios que sí pueden sufrir alguna variación de jurisdicción a jurisdicción)⁶⁸ y bajo las mismas premisas: volumen de negocios total, a nivel mundial, de la unidad económica en el ejercicio inmediatamente anterior al de la resolución de la autoridad. Esto es, al volumen de negocios obtenido por la venta de la totalidad de bienes y servicios de la empresa y, si esta pertenecía a un grupo empresarial, al volumen de negocios consolidado del grupo⁶⁹. Por supuesto, este límite no implica de ninguna forma que las multas de la autoridad de competencia deban alcan-

Rec. 566/2011, relativa al expediente S/0226/10, *Licitaciones Carreteras* (rec. Misturas Obras e Proxectos), ponente D.^a Lucía Acín; y, de 12 de abril de 2013, Rec. 395/2011, relativa al expediente S/0185/09, *Bombas de Fluidos* (rec. Kripsol Hidráulica), ponente D.^a Mercedes Pedraz. Así, por ejemplo, la Sentencia de la AN de 5 de marzo de 2013 citada decía que: «2. El límite previsto en el artículo 63 1 c) ley 15/2007 del 10 % del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa se ha establecido para evitar que una sanción pudiera poner en peligro la viabilidad de la empresa pero ello no implica que aun cuando no se supere ese límite pueda considerarse teniendo en cuenta las particularidades de cada caso que la multa puede tener un impacto relativamente elevado sobre la situación económica de una empresa atendidas sus características que determinen su reducción (tales como el escaso margen sobre las ventas, elevada concentración de su producción en el mercado afectado por la infracción, no pertenencia a un grupo empresarial y el efecto nocivo que tendría sobre la competencia la desaparición de la empresa) y así ha sido aplicado por la Comisión europea aun cuando el riesgo de que la empresa fuese declarada en concurso no era elevado y que incluso tal eventualidad no supondría la pérdida total del valor de los activos de esta empresa.[...]» (cursiva añadida).

⁶⁷ Véanse por ejemplo las Directrices de la Comisión Europea de 2006, apartados 32 y 33; las Directrices de la OFT de 2012, apartados 2.21 a 2.24 y las Directrices del Bundeskartellamt, apartado 5, *op. cit.*, *supra* nota 19.

⁶⁸ Véase P. SÁNCHEZ NÚÑEZ (2013), *op. cit.*, *supra* nota 18. La exconsejera de la CNC realiza una interesante comparativa entre las metodologías de cálculo de las multas de la CNC, la Comisión Europea y la OFT del Reino Unido. Aunque las tres metodologías son muy similares y siguen básicamente los mismos pasos, todas ellas presentan alguna peculiaridad específica. Por ejemplo, la Comunicación de la Comisión Europea contempla una llamada «tasa de entrada», que supone aplicar entre un 15 y un 25 por 100 adicional del valor de ventas en el último ejercicio con independencia de la duración del cártel. Por su parte de la OFT añade un denominado «Ajuste Específico de Disuasión y Proporcionalidad», que aplica tras haber considerado los agravantes y atenuantes. En ambos casos, se trata de elementos diferenciales con un sesgo al alta de las sanciones si se comparan con los criterios de la Comunicación de la CNC.

⁶⁹ La empresa infractora viene determinada no por la persona jurídica específica que participa en la infracción, sino por la unidad económica a la que pertenece. La filosofía que subyace a esta cuestión se vincula al poder del sujeto infractor en el mercado, lo que necesariamente conduce a contar en consideración el volumen de negocios del grupo. Al concebirse el umbral del 10 por 100 como un límite nivelador de la potestad sancionadora, no como un marco o arco sancionador, el umbral que la sanción no puede superar para evitar la inviabilidad de la empresa se concibe como adecuación de la sanción a la capacidad económica del infractor, capacidad que en el mercado debe necesariamente vincularse con la del grupo a que pertenece, y no con la persona jurídica formalmente considerada. Además, para la efectividad del Derecho de la competencia, conviene señalar la facilidad con la que las empresas podrían burlar la leyes de competencia si la responsabilidad pudiera limitarse a una empresa jurídica determinada creada ex profeso con limitaciones económicas (activos, volumen de negocios) cercenando la posibilidad de imponer una sanción. Véase, por todas, la resolución de la CNC de 12 de septiembre de 2013, expediente S/0402/12, *Espuma Elastomérica*, FJ 6.º En español, véase C. CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALTE, «La corresponsabilidad de la matriz por infracción de la filial en el Derecho de la competencia» en J. DÍEZ-HOCHLEITNER *et al.*, *Últimas tendencias en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2008-2011)*, Madrid, La Ley, 2012, pp. 375-408. A nivel comunitario, véase S. THOMAS, «Guilty of a Fault that one has not Committed. The Limits of the Group-Based Sanction Policy Carried out by the Commission and the European Courts in EU-Antitrust Law», en *Journal of European Competition Law & Practice*, 2012, núm. 3, pp. 11-18.

zarlo. Calculada la multa conforme a los criterios que fija la Comunicación en el caso español, el límite solo entra a considerarse al final.

Varias y recientes sentencias tanto de la AN⁷⁰ como del TS⁷¹ han calculado el límite del art. 63 (o del antiguo art. 10 de la Ley 16/1989) conforme a estos criterios. Así, por ejemplo, la SAN de 15 de octubre de 2012⁷² afirma que el límite máximo de la sanción es el 10 por 100 de la facturación del volumen total de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución del TDC.

En definitiva, la interpretación respecto al límite del 10 por 100 que la AN realiza en las sentencias relativas al expediente *Vinos de Jerez*, ignora la jurisprudencia previa española sobre la finalidad del mismo. Al referirlo al volumen de ventas afectado por la infracción lo deslinda de la viabilidad financiera de la empresa, pues el volumen de ventas afectado por la infracción puede representar una parte ínfima del volumen de negocios de por ejemplo, una multinacional⁷³. El efecto disuasorio que en última instancia

⁷⁰ Sentencias de la AN de 5 de febrero de 2013, Rec. 420/2011, relativa al expediente S/0185/09, *Bombas de Fluidos* (rec. ESPA 2025, S. L.), ponente D.ª Lucía Acín; de 13 de febrero de 2013, Rec. 377/2011, relativa al expediente S/0185/09, *Bombas de Fluidos* (rec. Sterling Fluid Systems), ponente D.ª María Asunción Tambo; de 26 de febrero de 2013, Rec. 646/2011, relativa al expediente S/0226/10, *Licitaciones Carreteras* (rec. BECSA), ponente D.ª Lucía Acín; de 5 de marzo de 2013, Rec. 566/2011, relativa al expediente S/0226/10, *Licitaciones Carreteras* (rec. Misturas Obras e Proxectos), ponente D.ª Lucía Acín; y de 12 de abril de 2013, Rec. 395/2011, relativa al expediente S/0185/09, *Bombas de Fluidos* (rec. Kripsol Hidráulica), ponente D.ª Mercedes Pedraz. Véase, por ejemplo, la Sentencia de la AN de 15 de octubre de 2012, Rec. 180/2010, relativa al expediente S/0014/07, *Gestión Residuos Sanitarios* (rec. Consenur, S. A.) ponente D.ª Lucía Acín, FJ 5.º, que afirmaba que el límite máximo de la sanción es el 10 por 100 de la facturación del volumen total de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución del TDC. En concreto, dice la AN: «La resolución recurrida no precisa al graduar la sanción, cual es el volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución del Tribunal (la resolución del Tribunal es del año 2010 por lo tanto serían los ingresos del año 2009) Se limita a indicar que “dichos ingresos son los que constan en el expediente no refutados por las imputadas y en el caso de CESP A la facturación que la empresa ha aportado en sus alegaciones”. En estas circunstancias y dado que no indica la resolución recurrida en cual de los 8.963 folios del expediente constan esos ingresos del año 2009. Y dado que no ha sido rebatido por el Abogado del Estado ni por el codemandado las cifras que se indican por el recurrente se considera que 30 millones de euros es la facturación del volumen total de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución del Tribunal y por tanto la multa no puede superar el 10% de esa cantidad. Por tanto el importe máximo es de 3 millones de euros» (cursiva añadida).

⁷¹ Véanse las Sentencias del TS de 8 de marzo de 2002, Rec. 8088/1997, relativa al expediente 294/91, *Aceites*, ponente D. Manuel Campos Sánchez-Bordona, FJ 13.º; de 6 de marzo de 2003, Rec. 9710/1997, relativa al expediente 350/94, *Teléfonos en Aeropuertos*, ponente D. Manuel Campos Sánchez-Bordona, FJ 10.º; de 3 de febrero de 2009, Rec. 7280/2005, relativa al expediente 543/02, *Transmediterránea/Euroferrys/Buquebús*, ponente D. Eduardo Espín Templado, FJ 3.º; de 11 de noviembre de 2009, Rec. 1246/2006, relativa al expediente 542/02, *Sociedad Estatal Correos y Telégrafos*, ponente D. Eduardo Espín Templado, FJ 5.º; de 16 de junio de 2010, Rec. 4714/2007, relativa al expediente 584/2004, *Asociación de Prensa Profesional*, ponente D. Eduardo Espín Templado, FJ 5.º; de 1 de diciembre de 2010, Rec. 2685/2008, relativa al expediente 598/05, *Panaderías de Valencia*, ponente D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat, FJ 6.º; y de 10 de febrero de 2011, Rec. 3042/2008, relativa al expediente 606/05, *ASINEM-ENDESA*, ponente D. Eduardo Espín Templado, FJ 4.º

⁷² Sentencia de la AN de 15 de octubre de 2012, Rec. 180/2010, relativa al expediente S/0014/07, *Gestión Residuos Sanitarios* (rec. Consenur, S. A.) ponente D.ª Lucía Acín, FJ 5.º Véase *supra* nota 70.

⁷³ Obviamente, el límite de la multa juega un papel muy distinto en función de las características de la empresa: si el infractor es una pequeña filial de una gran multinacional multiproducto, es muy

constituye la esencia y fin último de la política sancionadora, se ve así muy limitado.

En segundo lugar, la fundamentación de la AN sobre la necesidad de considerar el volumen de negocios afectado por la infracción como el punto de partida para el cálculo de la multa en absoluto riñe con la Comunicación de Sanciones de la CNC. Todo lo contrario, como hemos indicado, este es precisamente el criterio que se utiliza, no solo por la Comunicación de la CNC, sino por las directrices de la práctica totalidad de autoridades de competencia de nuestro entorno que se han dotado con una metodología de cálculo de sanciones pública. Precisamente por las mismas razones que apunta la AN, principalmente por la necesidad de observar el principio de proporcionalidad que requiere referir la sanción al ámbito de la infracción y sus efectos.

Pero es que, además, la confusión entre ambos conceptos extraña al propio texto de la LDC. Nuestra ley de defensa de la competencia distingue claramente entre «mercado afectado» y «volumen de negocios total». No son conceptos que puedan utilizarse indistintamente. Mientras el art. 63.1 de la LDC alude expresamente al «volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la sanción», el art. 64.1 de la misma Ley alude a la «dimensión y características del mercado afectado por la infracción» como criterio que debe atenderse para graduar el importe de la sanción. El art. 3 del Código Civil dispone que «las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas». De acuerdo con lo comentado en relación con la fundamentación de la existencia de un límite para la imposición de multas y con el propio texto de la LDC, tanto desde un criterio literal como sistemático se deduce que el art. 63.1 de la LDC no está fijando un arco sancionador, sino un límite, y que este tiene por base el volumen de negocios total de la empresa, y no el correspondiente al mercado afectado por la infracción.

Una interpretación lógica conduce a la misma conclusión. Así, en primer lugar, el art. 63.1 de la LDC vincula el volumen de negocio de la compañía a un determinado ejercicio —el inmediatamente anterior al de la Resolución que fija la sanción—. Esto es coherente con una interpretación del precepto como umbral máximo de protección de la viabilidad financiera de la empresa. En segundo lugar, la LDC contempla la duración de la conducta como un elemento esencial para la graduación de la sanción (art. 64.1 de la LDC, desarrollado por el párrafo 15 de la Comunicación). Limitar el impacto de la sanción a lo obtenido en el ejercicio inmediatamente interior impide tomar en consideración la duración de la conducta, esto es, el pe-

improbable que la multa vaya a alcanzar el 10 por 100 del volumen de negocios total, a nivel mundial. Por el contrario, si el infractor es una empresa monoproducto y la infracción ha sido grave y ha durado varios años, es muy probable que la multa final vaya a alcanzar el límite del 10 por 100 de su volumen de negocios total, esto es, el recogido en sus cuentas anuales del ejercicio inmediatamente anterior.

riodo completo de la infracción, que con frecuencia abarca varios años, y en ocasiones, dados los necesarios tiempos de instrucción y resolución de las autoridades de competencia, se da la circunstancia de que precisamente durante el año anterior a la imposición de la sanción, el infractor ha cesado ya en su conducta.

En tercer lugar, la interpretación que realiza la AN en las sentencias criticadas plantea varios problemas metodológicos que pueden llevar a situaciones conflictivas con el principio de proporcionalidad y la prohibición de la *reformatio in peius*. La magistrada D.^a Lucía Acín Aguado señala varias de ellas en sus votos particulares a las sentencias que recogen la nueva doctrina⁷⁴.

— En el caso de infracciones muy graves, *i. e.* cártel, en un escenario en el que no sea posible aplicar atenuantes, no sería posible discriminar o graduar la sanción en función de la distinta duración en la infracción de los participantes en el cártel o solo podría contemplarse esta circunstancia para graduar a la baja la sanción. Como señala la magistrada discrepante, ello podría suponer un agravio comparativo para las empresas que han participado en un corto periodo de tiempo frente a los que han intervenido durante todo el periodo de duración de la conducta infractora.

— También, como señala la magistrada discrepante, incluso si el cártel se disuelve con anterioridad al año anterior al de la imposición de la sanción (recordemos que los cárteles suelen terminar en cuanto se inician las inspecciones o el procedimiento sancionador y éste tiene una duración de 18 meses o más, si el plazo se ve suspendido) puede suceder que la multa acabe siendo igual a 0, por ejemplo, si el infractor en previsión a la posible multa deja de operar en el mercado afectado al inicio del expediente.

— En aquellos casos en los que la AN no determina directamente el nuevo importe de la multa, sino que remite el expediente de nuevo a la autoridad de competencia para que recalculé la cantidad conforme a los criterios de la AN, podría incluso resultar una multa mayor en aquellos casos en los que, como hemos visto, la CNC no aplica un porcentaje inicial del 10 por 100 al volumen de negocios afectado para calcular el importe básico⁷⁵.

— Además, según este criterio «no se vincula el importe de la infracción al volumen de ventas obtenido en el periodo de duración de la infracción»⁷⁶.

⁷⁴ Véase, por todos, el Voto Particular de la Magistrada D.^a Lucía Acín, en la Sentencias de la AN de 17 de junio de 2013, Rec. 599/2010, en relación con el expediente S/0210/08, *Transitarios* (recurso de Blue Water Shipping España).

⁷⁵ Por ejemplo, en los expedientes S/0185/09, *Bombas de Fluidos* (tipos del 1 y 3 por 100 sobre el volumen de facturación por dos infracciones diferenciadas de la LDC); S/0231/10, *Productos Hortofrutícolas* (un tipo del 1 por 100 debido a «la falta de efectividad del acuerdo»), S/0300/10, *Mazda Automóviles de España* (un tipo del 0,3 por 100 debido a que «resulta probable que la misma no haya afectado a todos los vehículos Mazda vendidos en el periodo imputado») o S/0305/10, *Uvas de DO Valdepeñas* (un tipo del 3 por 100 pues «los asociados relevantes no siguieron la consigna de la asociación»).

⁷⁶ Véase, por ejemplo, el Voto Particular de la Magistrada D.^a Lucía Acín, FJ 2.º, apartado 5, a la SAN de 17 de junio de 2013, en relación con el expediente S/0210/08, *Transitarios* (rec. Blue Water Shipping España), FJ 4.º

Por último, pero quizá más importante, el TS ha exigido que la multa de la autoridad de competencia debe, como mínimo, alcanzar el beneficio ilícito. En la sentencia del Alto Tribunal de 23 de marzo de 2005⁷⁷, relativa al expediente 412/97, *BT/Telefónica*, el ponente D. Manuel Campos Sánchez-Bordona, señalaba que:

«Ha de tenerse en cuenta, además, como criterio rector para este tipo de valoraciones sobre la adecuación de las sanciones a la gravedad de los hechos, *que la comisión de las infracciones anticoncurrenciales no deben resultar para el infractor más beneficiosa que el cumplimiento de las normas infringidas*. Criterio que, aun no expresado literalmente en el artículo 10 de la Ley 16/1989, *puede entenderse implícito en las letras a), c) y d) de su apartado 2*, así como en la facultad de sobrepasar el límite sancionador de los 150 millones de pesetas hasta el diez por ciento del volumen de ventas de la empresa infractora» (cursiva añadida), FJ 8.º

La Comunicación de 2009 contempla el beneficio ilícito como un umbral mínimo de la sanción con el objeto de que esta tenga siempre un efecto disuasorio (párrafo 19), de acuerdo con esta jurisprudencia del TS. De seguir el razonamiento de la AN en las sentencias aquí comentadas, potencialmente se pueden producir varios escenarios en los que la cuantía de la multa no supere, por un amplio margen, el beneficio ilícito, contraviniendo la jurisprudencia del TS. Por ejemplo, como ya hemos dicho, porque la empresa haya dejado de operar en el mercado afectado por la infracción en el ejercicio inmediatamente anterior o haya disminuido considerablemente su actividad. Pero no solo en estos supuestos. La magistrada de la AN D.ª Lucía Acín en un voto particular, calcula en concreto cual podría ser la multa de una de las infractoras de seguir los criterios de la AN, sugiriendo que la cuantía bien podría ser inferior al beneficio ilícito obtenido⁷⁸:

«se pierde el efecto disuasorio de la multa ya que 1) [...] 4) supone una reducción considerable del importe de la multa (en algunos casos si ha cesado de operar en ese mercado su desaparición) *que hace dudar a esta Magistrada que dicho importe ni siquiera supere el beneficio obtenido por la realización de la practica restrictiva* (periodo 2003 a 2009). En este caso teniendo en cuenta los datos aportados por la empresa acerca de su volumen de negocios en el mercado afectado en el ejercicio anterior al de la imposición de la sanción, la sanción máxima que podría imponerse si se aplica ese criterio es de 7.400 euros (10% de la facturación por transporte por carretera con origen en España y destino en el extranjero en el año 2009) cuando la impuesta por la CNC es de 100.000 euros» (cursiva añadida).

⁷⁷ Véanse, en los mismos términos, las Sentencias del TS citadas *supra* en la nota 71. De hecho, la propia AN acoge esta jurisprudencia en su Sentencia de 6 de marzo de 2013, Rec. 619/2010, relativa al expediente S/0091/08, *Vinos Finos de Jerez* (rec. Lastau, S. A.), ponente D.ª Concepción Mónica Montero, al remitirse a la Sentencia de la TS de 11 de noviembre de 2009, Rec. 1246/2006, relativa al expediente 542/02, *Sociedad Estatal Correos y Telégrafos*, ponente D. Eduardo Espín Templado, y su revisión de la multa en ese caso, donde el TS se limitó a revisar la multa del TDC considerando que mercado afectado por la infracción era otro distinto (más pequeño) al inicialmente considerado, y por este motivo reduce la multa, pero no porque discrepara de la metodología empleada o de los criterios.

⁷⁸ Voto Particular de la Magistrada D.ª Lucía Acín, FJ 2.º, apartado 5, a la Sentencia de la AN de 17 de junio de 2013, en relación con el expediente S/0210/08, *Transitarios* (rec. Blue Water Shipping España), FJ 4.º

En definitiva, al no vincular la multa al volumen de ventas obtenido en todo el periodo de duración de la infracción, esta no solo deja de ser disuasoria, sino que además puede alcanzar niveles tan bajos que dudosamente alcancen el beneficio ilícito, tal y como se exige.

B. DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO COMUNITARIO

La doctrina analizada de la AN también ofrece algunas dudas desde la perspectiva del Derecho comunitario.

La redacción del art. 63.1.c) de la LDC es casi análoga a la del art. 23.2 del Reglamento CE 1/2003, de aplicación de los ahora arts. 101 y 102 del TFUE⁷⁹. Este artículo afirma que, en procedimientos de infracción de los arts. 101 y 102 TFUE (antes 81 y 82 TCE) tramitados por la Comisión Europea, «por cada empresa o asociación de empresas que participen en la infracción, la multa no podrá superar el 10% del volumen de negocios total realizado durante el ejercicio social anterior».

Este paralelismo existente en la LDC de 2007 y el Reglamento CE 1/2003 es consecuencia de una sistemática equivalente en el ámbito nacional y comunitario para, entre otras cosas, garantizar la aplicación coherente de las normas de competencia en todo el territorio nacional. De esta manera, también la Comunicación sobre cuantificación y las Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del art. 23.2.a) del Reglamento CE 1/2003 coinciden en lo fundamental en el método del cálculo de la sanción.

A nivel comunitario, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha tenido la ocasión de analizar en múltiples ocasiones la metodología de cálculo de la multa de la Comisión Europea, a la que reconoce un amplio margen de apreciación para ello^{80, 81}. Muy específicamente, el Tribunal Ge-

⁷⁹ Esta coincidencia no es una casualidad. El Derecho español de defensa de la competencia fue de hecho una exigencia de nuestros socios europeos para la integración de España a la Unión Europea en 1986 y, en gran medida, la Ley 16/1989 y, consecuentemente, la LDC de 2007, se inspiran en la normativa comunitaria. De la misma forma que la promulgación de la anterior Ley (Ley 110/1963, de 20 de julio, de represión de prácticas restrictivas de la competencia, BOE 1963, núm. 175, p. 11144) formaba parte del paquete de medidas que la Estados Unidos impuso para la aplicación del Plan Marshall en España (y otros países europeos) después de la Segunda Guerra Mundial. Véase L. BERENGUER FUSTER, «La reforma de la Ley de Defensa de la Competencia. Oportunidad y alcances», en *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 135, julio-agosto 1998, p. 5.

⁸⁰ Véase, por todas, la reciente Sentencia del T-352/09 de 16 de septiembre de 2013, en el asunto T-386/10, *Aloys F. Dornbracht GmbH & Co. KG*, apartado 62: «Para cumplir las exigencias de los principios de legalidad de las penas y de seguridad jurídica no se requiere que los términos de las disposiciones con arreglo a las cuales se imponen esas sanciones sean tan precisos como para que quepa prever con certeza absoluta las consecuencias que puedan derivarse de una infracción de dichas disposiciones. En efecto, la existencia de términos indeterminados en una disposición no implica necesariamente una infracción de esos dos principios y el hecho de que una ley confiera una facultad de apreciación no contradice en sí mismo la exigencia de previsibilidad, siempre que el alcance y los modos de ejercer dicha facultad se definan con la suficiente claridad (véanse en ese sentido las sentencias *Degussa/Comisión*, apartado 60 *supra*, apartado 71, y *Wieland-Werke y otros/Comisión*, apartado 60 *supra*, apartados 62 y 63)». Véase también la Sentencia del TJUE de 13 de julio de 2013, en el asunto

(Véase nota 81 en página siguiente)

neral de la Unión Europea (TGUE) ha recordado que la Comisión, dentro de su margen de apreciación en el ejercicio de la potestad sancionadora, puede «en todo momento elevar el nivel de las multas, dentro del límite máximo fijado por el artículo 23, apartado 2, de ese Reglamento, si ello es necesario para garantizar la aplicación de la política de la competencia». Incluso, añade el Tribunal, esta posibilidad se le exige a la Comisión para la aplicación eficaz de las normas de la competencia⁸².

En cuanto al límite del 10 por 100, ya anteriormente, tanto el TJUE como el TGUE han considerado que el límite máximo de la sanción debe ser calculado sobre el volumen de negocios total, y su finalidad es evitar que se impongan multas que pongan en peligro la viabilidad de la empresa. En 2012, el TJUE recordó que:

«82. En efecto, dicho límite superior pretende evitar que se impongan multas que seguramente no podrán pagar las empresas, dadas sus dimensiones, dimensiones que se determinan, aunque sea de un modo aproxi-

C-511/11P, *Versalis SpA*, apartados 104 a 106. También conviene señalar que el TJUE, siguiendo la jurisprudencia de las sentencias de 17 de junio de 2010, *Lafarge/Comisión*, C-413/08 P, apartado 104, y de 7 de febrero de 2012, *Total y Elf Aquitaine/Comisión*, C-421/11 P, apartado 82, confirma expresamente la facultad de la Comisión de aplicar un factor multiplicador disuasorio de la multa en el caso de grandes empresas para que la sanción tenga un impacto deseado y no resulte insignificante en relación con sus recursos, tamaño y capacidad financiera (apartado 102 de la Sentencia).

⁸¹ Véase, por todas, la reciente Sentencia del TJUE de 13 de julio de 2013, en el asunto C-511/11P, *Versalis SpA*, apartados 103, donde el Tribunal aclara que «103. También es jurisprudencia reiterada que el Tribunal General, con arreglo a su facultad jurisdiccional plena, no puede, utilizando exclusiva y mecánicamente una serie de fórmulas aritméticas basadas únicamente en el volumen de negocio de la empresa de que se trate, renunciar a su facultad de apreciación para fijar el importe de las multas (en este sentido, véase, en particular, la sentencia *Mo och Domsjö/Comisión*, antes citada, apartado 47). La determinación de una multa adecuada no puede ser resultado de un simple cálculo aritmético basado en el volumen de negocio (véanse, en este sentido, las sentencias de 7 de junio de 1983, *Musique Diffusion française y otros/Comisión*, 100/80 a 103/80, Rec. p. 1825, apartado 121, y de 28 de junio de 2005, *Dansk Rørindustri y otros/Comisión*, C-189/02 P, C-205/02 P a C-208/02 P y C-213/02 P, Rec. p. I-5425, apartado 243)».

⁸² Sentencia del TGUE de 16 de septiembre de 2013, asunto T-380/10, *Wabco Europe y otros*, apartado 176. Sobre el margen de apreciación de la Comisión Europea para la imposición de la multa, véase también, la Sentencia del TGUE de 2 de febrero de 2012, asunto T-77/08 (no disponible en español): «139 It has been consistently held that, within the limits laid down in Regulation No 1/2003, the Commission enjoys a wide discretion when exercising its power to impose such fines (Joined Cases C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P to C-208/02 P and C-213/02 P *Dansk Rørindustri and Others v Commission* [2005] ECR I-5425, paragraph 172, and *Erste Group Bank and Others v Commission*, paragraph 110 above, paragraph 123). That power is however limited; where the Commission adopts guidelines which are consistent with the Treaty and are designed to specify the criteria which it intends to apply in the exercise of its discretion, the Commission itself then limits that discretion in that it must comply with the guidelines which it has imposed upon itself (see, to that effect, Case C-413/08 P *Lafarge v Commission* [2010] ECR I-5361, paragraph 95, and Case T-73/04 *Carbone-Lorraine v Commission* [2008] ECR II-2661, paragraph 192 and the case-law cited). The Commission may not depart from the Guidelines in an individual case without giving reasons that are compatible with the principle of equal treatment (*Dansk Rørindustri and Others v Commission*, paragraph 209) [...]».

156. [...] It follows from the foregoing that the fact that the Commission imposed on Sony a fine which was 10% higher, whilst its worldwide turnover was more than 40% higher than the applicant's, is not, in the present case, evidence of discriminatory treatment against the applicant and cannot be relied on in the present case, contrary to the applicant's submission. Furthermore, given the Commission's broad discretion when setting fines (see paragraph 139 above), the applicant has also failed to establish the manifest error of assessment alleged. The argument must therefore be rejected, as must the second part of this plea».

mado e imperfecto, por su volumen de negocios global (sentencia *Dansk Rørindustri y otros/Comisión*, antes citada, apartado 280).

83. Se trata por tanto de un *límite, aplicable uniformemente a todas las empresas y ajustado a la dimensión de cada una*, que pretende evitar las multas cuyo importe sea excesivo y desproporcionado. *Dicho límite superior tiene pues un objetivo distinto y autónomo del que persiguen los criterios de gravedad y duración de la infracción* (sentencia *Dansk Rørindustri y otros/Comisión*, antes citada, apartados 281 y 282)⁸³ (cursiva añadida).

Adicionalmente, el TGUE considera que el límite máximo de la sanción debe ser considerado como un umbral de nivelación pero que se aplica después de haber tenido en cuenta las circunstancias concretas de la infracción:

«74. [...] El mero hecho de que la multa finalmente impuesta se eleve al 10% del volumen de negocios de la demandante, en tanto que el porcentaje es inferior para otros participantes en el cartel, no puede constituir una vulneración del principio de igualdad de trato o de proporcionalidad. En efecto, esa consecuencia es inherente a *la interpretación del umbral del 10% exclusivamente como un umbral de nivelación, que se aplica tras una eventual reducción de la multa en razón de circunstancias atenuantes o del principio de proporcionalidad*»⁸⁴ (cursiva añadida).

No obstante, una de las premisas de la Sentencia de 6 de marzo de 2013⁸⁵ para el desarrollo de su argumentación posterior es la imposibilidad de equiparar a la CNC con la Dirección General de Competencia (DGCOMP) de la UE y por qué, por ello, no son aceptables los criterios comunitarios para la interpretación de la normativa sobre sanciones. En concreto, la AN afirma que:

«Fuera de toda duda la prevalencia del Derecho europeo sobre el nacional en virtud de cesión de soberanía [...] hemos de señalar desde ahora que el Reglamento CEE 1/2003 regula, en lo que nos interesa, la atribución de competencias sancionadoras a la Comisión, y desde tal presupuesto ha de entenderse la interpretación de la naturaleza del límite del 10% que realiza el Tribunal General [...]. La prevalencia del Derecho Europeo no implica que el esquema de atribución de competencias a la Comisión en materia de Defensa de la Competencia, implique su traslado automático a los órganos nacionales de Defensa de la Competencia, dada su diferente naturaleza y ámbito de actuación [...]. Resulta clara que la tipificación europea de las conductas contrarias a la libre competencia vinculan a las autoridades nacionales [...]; pero *también resulta claro que la imposición de las multas sancionadoras se rige por el Derecho nacional*. Así las cosas, *la interpretación de la naturaleza del límite del 10% de sanción a que se refieren los artículos 10 de la Ley 16/1989 y 63 de la Ley 15/2007, ha de hacerse conforme a la legislación nacional española; y a tal efecto, es esencial la*

⁸³ Sentencia del TJUE de 12 de julio de 2012 asunto C-181/11P, *CETARSA/Comisión*, apartados 82 y 83.

⁸⁴ Sentencia del TGUE de 16 de junio de 2011, asunto T-211/08, *Putters International/Comisión*, apartados 74 y 75.

⁸⁵ Sentencia de la AN de 6 de marzo de 2013, Rec. 619/2010, relativa al expediente S/0091/08, *Vinos Finos de Jerez* (rec. Lastau, S. A.), ponente D.ª Concepción Mónica Montero. Curiosamente, de todas las sentencias de la AN en relación con el expediente *Vinos de Jerez*, solo esta no es recurrible en sede casacional.

doctrina del Tribunal Constitucional sobre el principio de legalidad consagrado en el artículo 25 de la Constitución»⁸⁶.

Esta argumentación se contradice con otras contenidas en Sentencias de fechas muy próximas que acogen sin más discusión la jurisprudencia del Tribunal General de la UE sobre la cuantificación de multas⁸⁷.

Es más, unos pocos meses antes, la AN había no solo acogido, sino también argumentado, la aplicabilidad de los criterios de la jurisprudencia comunitaria en relación con la política sancionadora de la Comisión Europea, a la facultad sancionadora de la CNC. Así, por ejemplo, en sentencia de 31 de mayo de 2012, relativa al expediente S/0080/08, *Navieras Línea Cabotaje Ceuta Algeciras* (rec. Balearia), la AN (ponente D.^a Mercedes Pedraz) argumenta lo siguiente para justificar la reducción de la sanción de la CNC:

«NOVENO.—Se alega como último motivo de impugnación que la Administración ha infringido el art. 25.1 de la Constitución y los principios de individualización de las sanciones, así como el principio de proporcionalidad y los criterios de graduación de las sanciones.

El TJCE en la sentencia *Tokai carbon*, recuerda que “si la Comisión dispone de una facultad de apreciación a la hora de fijar el importe de cada multa, sin estar obligada a aplicar una fórmula matemática precisa” (sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 6 de abril de 1995, *Martinelli/Comisión*, T-150/89, Rec. p. II-1165, apartado 59) el Tribunal de Primera Instancia se pronuncia, sin embargo, con arreglo al artículo 17 del Reglamento n.º 17, con una competencia de plena jurisdicción en el sentido del artículo 229 CE sobre los recursos interpuestos contra las decisiones por las cuales la Comisión fija una multa y puede, en consecuencia, suprimir, reducir o incrementar la multa impuesta. En este marco, su valoración del carácter proporcionado de la multa puede, independientemente de eventuales errores manifiestos de apreciación cometidos por la Comisión, justificar que se aporten y se tomen en consideración elementos complementarios de información no mencionados en la Decisión de la Comisión (sentencia *SCA Holding/Comisión*, citada en el apartado 108 *supra*, apartado 55)».

En este caso, la AN no se plantea ninguna duda en relación con la aplicación de los principios comunitarios para la graduación de las sanciones, o la aplicación de la jurisprudencia de los tribunales comunitarios para interpretar cuestiones relativas a la imposición de la sanción⁸⁸.

⁸⁶ *Ibid.* Esta argumentación se repite en sentencias posteriores: véanse las Sentencias de la AN de 18 de julio de 2013, Rec. 707/2011, relativa al expediente S/0060/09, *Sintrabi* (rec. Bidetrans), ponente D.^a María Asunción Salvo, FJ 6.º; de 17 de junio de 2013, Rec. 599/2010, en relación con el expediente S/0210/08, *Transitarios* (rec. Blue Water Shipping España), ponente D.^a Concepción Mónica Montero, FJ 6.º; y de 24 de junio de 2013, Rec. 29/2012, relativa al expediente S/0269/10, *Transitarios 2* (rec. BCN Aduanas y Transportes, S. A.), ponente D.^a Concepción Mónica Montero, FJ 6.º

⁸⁷ Véase, por ejemplo, la SAN de 8 de marzo de 2013, relativa al expediente S/0091/08, *Vinos Finos de Jerez* (rec. Bodegas Williams & Humbert), FJ 11.º, *in fine*, acogiendo los criterios de la Sentencia del TGUE de 16 de junio de 2011, en el asunto T-240/07, *Heineken Nederland*, apartados 347, 350 y 351 y en el FJ 12.º, acogiendo los de la Sentencia del TGUE de 12 de diciembre de 2012, asunto T-352/09, apartado 21.

⁸⁸ Véase también la Sentencia de la AN de 31 de mayo de 2012, relativa al expediente S/0080/08, *Navieras Línea Cabotaje Ceuta Algeciras* (rec. Transmediterránea, ponente D.^a Mercedes Pedraz), FJ 9.º

De hecho, una de las magistradas de la Sala 6.^a de la AN afirmó que «el sistema en derecho nacional y en derecho comunitario es básicamente el mismo, con aplicación de los mismos principios fundamentales», concluyendo que en ambos sistemas lo principal es una adecuada motivación del acto administrativo de imposición de la sanción⁸⁹.

En nuestra opinión, tanto la práctica de la DGCOMP, como la jurisprudencia de los tribunales comunitarios, son muy claras en lo que se refiere a la metodología del cálculo de las multas. Desde luego, en lo que se refiere a la determinación del importe básico y la naturaleza y cálculo del límite del 10 por 100 de la multa, parece que son, al menos de momento, cuestiones pacíficas a nivel de la UE.

Entendemos que, de no haber descartado la sujeción de la autoridad de competencia española a los criterios de los tribunales comunitarios y de la Comisión Europea en el ámbito sancionador, concretamente en el cálculo de las multas, la Audiencia no podría haber interpretado el límite del 10 por 100 ni el cálculo de la multa como hace en la sentencia de 6 de marzo de 2013 en virtud del principio de cooperación leal y del principio de interpretación conforme, al menos cuando la autoridad de competencia aplica los artículos del Tratado de la UE.

En efecto. En su análisis, la AN obvia que las autoridades nacionales de competencia, cuando aplican los arts. 101 y 102 del Tratado a prácticas restrictivas susceptibles de afectar el comercio entre los Estados miembros, como sucedía por ejemplo en el expediente S/0091/08, *Vinos Finos de Jerez*, actúan también como autoridad comunitaria⁹⁰. Y, pese a que efectivamente el procedimiento se rige por las disposiciones nacionales, también es jurisprudencia constante y consolidada en virtud de los principios comunitarios mencionados, que estas no pueden ser aplicadas de forma que resten eficacia al Derecho comunitario.

En concreto, el principio de cooperación leal consagrado en el art. 4, apartado 3, del Tratado de la Unión Europea⁹¹ exige a los Estados miembros, entre otras obligaciones, ayudar a la Unión al cumplimiento de su

⁸⁹ Véase M. PEDRAZ CALVO, «Algunas cuestiones relativas a la determinación del importe de las sanciones en defensa de la competencia», en *Comunicaciones en Propiedad Industrial y Derecho de la Competencia*, núm. 34, 2004, pp. 137 a 153, en la p. 151.

⁹⁰ Reglamento CE 1/2003, *op. cit.*, *supra* nota 21, considerando 8 y arts. 2, 3 y 5. En concreto, el considerando 8 dice que: «(8) Con el fin de garantizar la aplicación efectiva de las normas de competencia comunitarias y el funcionamiento correcto de los mecanismos de cooperación contenidos en el presente Reglamento, es necesario imponer a las autoridades responsables de la competencia y a los tribunales de los Estados miembros la obligación de aplicar también los artículos 81 y 82 del Tratado cuando apliquen la legislación nacional de competencia a acuerdos y prácticas susceptibles de afectar al comercio entre los Estados miembros».

⁹¹ Art. 4, apartado 3 dispone que: «Conforme al principio de cooperación leal, la Unión y los Estados miembros se respetarán y asistirán mutuamente en el cumplimiento de las misiones derivadas de los Tratados. Los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los Tratados o resultantes de los actos de las instituciones de la Unión. Los Estados miembros ayudarán a la Unión en el cumplimiento de su misión y se abstendrán de toda medida que pueda poner en peligro la consecución de los objetivos de la Unión».

misión. Ya desde el asunto *INNO v. ATAB*⁹², el TJUE ha señalado consistentemente que este principio obliga a los Estados miembros a no adoptar ni mantener en vigor medidas, ni siquiera legales o reglamentarias, que puedan anular el efecto útil de las normas sobre la competencia aplicables a las empresas⁹³.

Por otro lado, el principio de interpretación conforme del Derecho nacional, que es inherente al régimen del Tratado de la UE en la medida en que permite a los órganos jurisdiccionales nacionales garantizar, en el marco de sus competencias, la plena efectividad del Derecho de la Unión cuando resuelven los litigios de que conocen, requiere que dichos órganos jurisdiccionales nacionales tomen en consideración todo el Derecho nacional para apreciar en qué medida puede este ser objeto de una aplicación que no lleve a un resultado contrario al perseguido por el Derecho de la Unión⁹⁴. Así, en virtud del principio de interpretación conforme del Derecho nacional, el juez nacional, enfrentado a distintas posibles interpretaciones del Derecho nacional, debe adoptar aquella que se adecúe mejor a los fines de la Unión, incluido entre estos la efectividad de las normas de competencia y, de no ser posible, dejar inaplicada la norma nacional en cuestión.

En nuestra opinión, la interpretación de la política sancionadora de la LDC que realiza la AN, conduce inevitablemente a una reducción del carácter disuasorio de las multas que, a su vez, determina una reducción de la eficacia de las normas de competencia, incluidas las comunitarias. Se podría estar comprometiendo así uno de los objetivos de los Tratados Fundacionales de la Comunidad Europea, como es la defensa de la competencia dentro del mercado común.

Interesa en este punto hacer una breve reflexión sobre lo que la literatura económica entiende como «multa disuasoria» al objeto de garantizar la eficacia de las políticas de competencia.

7. EL NIVEL ÓPTIMO DE LAS MULTAS PARA UNA POLÍTICA DE COMPETENCIA EFICAZ

La literatura económica ha dedicado numerosos artículos al cálculo de la denominada «sanción óptima», que es aquella que iguala el nivel mínimo necesario para lograr el efecto de disuasión. Según esta teoría un actor racional (la empresa) realizará una práctica competitiva si y solo si el beneficio esperado de la infracción es mayor que el coste esperado por infringir la Ley. Este tipo de análisis sobre la sanción óptima desde un punto de vista

⁹² Sentencia del TJUE (entonces TJ de la CEE), asunto 13/77, *Sa GB Inno BM v. Association des détaillants en tabac (ATAB)*, apartados 28 a 35.

⁹³ Véase también la Sentencia más reciente del TJUE de 14 de octubre de 2010, en el asunto C-280/08 P, *Deutsche Telekom AG c. Comisión*, apartado 45.

⁹⁴ Véase, por todas, la Sentencia del TJUE de 16 de diciembre de 2010, en el asunto C-239/09, *Seydaland Vereinigte Agrarbetriebe GmbH & Co. KG y BVVG Bodenverwertungs- und -verwaltungs GmbH*, apartado 50.

racional fue introducido por el premio Nobel Gary BECKER en 1968⁹⁵ y posteriormente aplicado a las prácticas anticompetitivas por William LANDES⁹⁶. En todos los casos, la estructura básica de estos trabajos se basa en que la sanción óptima tiene que superar el beneficio ilícito.

Trabajos posteriores desarrollaron este modelo para incorporar más variables a esta relación. Por ejemplo en CALVIÑO (2006)⁹⁷ se resume la sanción óptima bajo la siguiente fórmula:

$$pU(Y - c - F) > (1 - p)U(Y)$$

donde:

p = Probabilidad de detección y ejecución de sanciones.

U = Función de utilidad del infractor.

Y = Beneficio ilícito.

C = Otros costes de la detección (costes, efecto de estigmatización...).

F = Sanción.

Bajo esta ecuación, la multa óptima se determina como aquella en la que el coste esperado de la infracción (primer miembro de la inecuación) es superior al beneficio esperado de la misma (segundo miembro de la inecuación).

De acuerdo con esta función, la autoridad de competencia solo puede controlar dos factores para incrementar la disuasión: el nivel de amenaza legal (F y c , a través de por ejemplo la publicidad de las sanciones) y la probabilidad de detección.

La dificultad de cálculo de algunas de las variables incluidas en esta sanción podría hacernos pensar que el mejor modo de garantizar la disuasión es a través de una sanción lo más alta posible, pues con ello se maximizan las posibilidades de imponer una sanción superior al beneficio ilícito. No obstante, las sanciones excesivas no solo pueden incurrir en un elevado coste social por la posibilidad de incurrir en errores tipo I⁹⁸, sino que podrían igualmente incumplir el principio de la proporcionalidad de las penas. Es más, la experiencia ha demostrado que mayores sanciones implican una mayor exigencia por parte de los tribunales para demostrar la culpabilidad, por lo que sanciones elevadas pueden desembocar en un menor número de prácticas anticompetitivas sancionadas.

Paralelamente, hay que tener en cuenta que la existencia de una probabilidad detención menor al 100 por 100 implica que para establecer la

⁹⁵ G. BECKER, «Crime and Punishment: An Economic Approach», en *Journal of Political Economy*, núm. 76, 1968, pp. 169-217.

⁹⁶ W. LANDES, «Optimal Sanctions for Antitrust Violations», en *The University of Chicago Law Review*, núm. 50 (2), 1983, pp. 652-678.

⁹⁷ N. CALVIÑO, «Public Enforcement in the EU: Deterrent Effect and Proportionality of Fines», en *European University Institute*, 2006.

⁹⁸ Error tipo I: condenar prácticas que no son anticompetitivas. Error tipo II: no condenar prácticas anticompetitivas.

sanción óptima que garantice la disuasión no es suficiente aquella en la que la sanción sea superior al beneficio ilícito, ya que una multa de estas características solo garantizaría la disuasión cuando la probabilidad de detección sea igual al 100 por 100, una posibilidad nada realista. A pesar de que por definición la probabilidad de detención no puede ser calculada, existen estudios en los que se estima la probabilidad de que un cártel sea detectado en un determinado año en función de los cárteles detectados por las autoridades de competencia⁹⁹. COMBE *et al.* (2011)¹⁰⁰ realizan una revisión de estos estudios y concluye que la utilización de un 15 por 100 de probabilidad de detección es una buena aproximación. Este nivel de detección implicaría que la multa teórica óptima debería ser 6,7 veces superior al beneficio obtenido en la infracción.

Por ello, el objetivo de una política sancionadora es establecer la sanción mínima que proporciona el efecto disuasorio suficiente. Partiendo de esta premisa, el objetivo de las autoridades de competencia es incrementar la probabilidad de detección (p), lo que no solo reducirá los errores (tipo I y tipo II), sino que además reducirá la necesidad de sanciones elevadas y por tanto los efectos negativos de posibles errores tipo I. Este incremento de (p) se puede realizar a través de mayores presupuestos de la autoridad, priorización de sectores, establecimiento o expansión de los programas de clemencia o establecimiento de programas de *settlement* para liberar recursos para otras investigaciones.

Una vez maximizada (p), dadas las restricciones presupuestarias, la ecuación nos muestra que la sanción debe tener una relación directa con el beneficio esperado de la infracción, y que por tanto debe incrementarse en proporción al incremento de éste.

Con respecto a la sanción, es necesario matizar que esta no solo incluye la multa impuesta por la autoridad de competencia, sino también los pagos que se pudiesen originar en procesos de daños y perjuicios. No obstante, a pesar de los avances a nivel europeo¹⁰¹ la incidencia de estas reclamaciones es todavía insignificante a la hora de determinar el nivel óptimo de la sanción. En este sentido, el profesor Francisco MARCOS constata en un estudio presentado en FIDE el 2 de julio de 2013, que a pesar del crecimiento de las reclamaciones de daños en España se trata de un procedimiento poco atractivo por el momento puesto que, incluso en el caso de prosperar la acción, el reconocimiento de daños (*i. e.* indemnización) es mínimo.

A pesar de que la imposición de una multa óptima exigiría la utilización del beneficio ilícito, en la mayoría de los casos es imposible o excesivamente

⁹⁹ Por ejemplo si un cártel es detectado tras cuatro años de duración, la probabilidad indirecta estimada sería del 25 por 100.

¹⁰⁰ E. COMBE y C. MONNIER, «Fines against hard-core cartels in Europe: the myth of over-enforcement», en *Antitrust Bulletin*, vol. 56 (2), 2011, pp. 235-276.

¹⁰¹ La Comisión Europea aprobó, el 11 de junio de 2013, la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinadas normas por las que se rigen las demandas por daños y perjuicios por infracciones de las disposiciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea, COM(2013) 404.

te costoso establecer con garantías cuál ha sido el beneficio ilícito de una práctica anticompetitiva. Una forma simplificada para obtener el beneficio ilícito partiría del cálculo de las unidades vendidas y el sobreprecio al que dichas unidades se han vendido o *mark-up* ¹⁰².

Por ello, como ya se ha explicado, el sistema de cálculo de multas más extendido parte del volumen de ventas de la empresa en el mercado afectado durante el periodo de infracción (o multiplicado por el número de años de infracción, según la jurisdicción), que posteriormente es multiplicado por un porcentaje de gravedad para calcular la sanción.

En cuanto al sobreprecio, diversos autores han realizado estimaciones sobre el efecto en los precios causado por los carteles ¹⁰³, siendo uno de los más recientes a nivel internacional el realizado por CONNOR y LANDE en 2008 ¹⁰⁴. En este estudio, se concluye que los cárteles han supuesto un sobreprecio medio del 17-19 por 100 en el caso de los cárteles nacionales y del 30-33 por 100 en el caso de los internacionales, en línea con los estudios previos ¹⁰⁵. En el caso europeo, el estudio señala que los cárteles nacionales han tenido un sobreprecio del 17 por 100 y los internacionales un sobreprecio del 43 por 100. Estos valores se encuentran en línea con los incrementos de precios observados en los casos españoles y es inferior, por ejemplo, a los incrementos de precios calculados en el reciente expediente S/0316/10, *Sobres de Papel* ¹⁰⁶, donde las bajas del precio de licitación pasaron de ser inferiores al 10 por 100 durante la vigencia del cártel a situarse en el 40 por 100 tras el fin del mismo ¹⁰⁷.

Este sobreprecio es el que se ha utilizado como base teórica para determinar el porcentaje de gravedad para el cálculo de la sanción ¹⁰⁸. Para ello, las autoridades de competencia han establecido distintos tipos a aplicar en función de la gravedad de la sanción. En el caso de la CNC, este porcentaje se situaría siempre por debajo del 30 por 100 ¹⁰⁹, aunque en los casos más

¹⁰² En el caso de concentración de precios o cantidades.

¹⁰³ Para una visión más amplia de los estudios CONNOR (2008), *op. cit., infra*, incluye una tabla resumen de todos los estudios previos.

¹⁰⁴ J. M. CONNOR y R. H. LANDE, «Cartel Overcharges and Optimal Cartel Fines», en *Competition Law and Policy*, núm. 88, 2008, pp. 2203-2218.

¹⁰⁵ Media ponderada de 36,7 por 100.

¹⁰⁶ Resolución de la CNC de 25 de marzo de 2013, expediente S/0316/10, *Sobres de Papel*.

¹⁰⁷ «Así, observando los datos aportados por el MIR de las licitaciones de sobres para las elecciones de ámbito nacional, resulta especialmente relevante destacar que TOMPLA se adjudicó esta licitación con una baja sobre el presupuesto máximo de licitación de, al menos, un 40% (información aportada por [CONFIDENCIAL] en su solicitud de clemencia, párr. 417, nota a pie 264), lo que contrasta con las bajas sobre el precio máximo de licitación para las elecciones convocadas durante toda la vigencia el cártel, que siempre se situaba por debajo del 10%: licitación de sobres electorales para las Elecciones a Cortes Generales de 2004 baja de 8%, Elecciones al Parlamento Europeo 2004 un 9%, Elecciones Municipales de 2007 un 4%, Elecciones a Cortes Generales de 2008 un 1% y Elecciones al Parlamento Europeo de 2009 un 8% (párr. 240 de la PR)», Resolución de la CNC de 25 de marzo de 2013, expediente S/0316/10, *Sobres de Papel*.

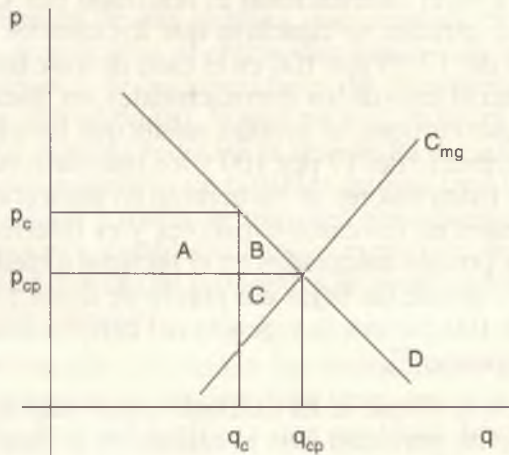
¹⁰⁸ Nótese que ambos porcentajes no son equivalentes, ya que el sobreprecio es un porcentaje sobre los precios iniciales, mientras que el porcentaje de gravedad es aplicado sobre el volumen de ventas con los precios ya incrementados. Por ejemplo, un sobreprecio del 20 por 100, exigiría un tipo de gravedad del 17 por 100 y un sobreprecio del 30 por 100, exigiría un tipo de gravedad del 23 por 100.

¹⁰⁹ Que equivaldría a un sobreprecio del 43 por 100.

comunes de fijación de precios se han aplicado porcentajes muy inferiores a este límite superior (entre el 10 y el 15 por 100)¹¹⁰.

A pesar de que esta aproximación al método de fijación de multas óptimas es el más aceptado tanto académicamente como en la práctica de las autoridades de competencia, no debemos olvidar que el beneficio ilícito del infractor es inferior al daño causado por su acción. En el gráfico 1 podemos observar las diferencias entre los resultados antes y después de la existencia de un cártel, y las consecuencias de éste:

Gráfico 1. Cambios en el bienestar causados por la existencia de un cártel



1. Una transferencia de renta de los consumidores a los productores (A).
2. La pérdida de eficiencia sufrida por los consumidores (B) y en los productores (C).

Se puede extraer, por tanto, que el daño causado a los consumidores (A + B) es superior al beneficio ilícito (A - C), ya que este último no incluye la pérdida de eficiencia que se produce por la variación en las cantidades en el mercado.

A pesar de que esta discusión teórica muestra que las sanciones impuestas por las autoridades de competencia se encuentran en el rango de las multas óptimas o incluso por debajo, existen múltiples críticas por lo que se consideran sanciones excesivas tanto a nivel europeo, como sobre todo a nivel estatal.

¹¹⁰ En este sentido, el porcentaje máximo del 30 por 100 solo ha sido utilizado hasta el momento en el expediente S/0226/10, *Licitaciones de Carreteras*, donde «se considera adecuado aplicar un porcentaje del 5% a las que hayan participado en una sola de las licitaciones, incrementando dicho coeficiente en dos puntos adicionales por cada licitación en la que la empresa haya participado, limitándolo como máximo a un porcentaje del 30%».

No obstante, la profundidad de dichas críticas es cuestionable. En primer lugar, existen indicios que apuntarían hacia una escasa disuasión de las sanciones, como es la elevada existencia de empresas reincidentes entre las sancionadas por la CNC.

En segundo lugar, la práctica inexistencia de despidos entre los directivos una vez la empresa se ha encontrado culpable parece mostrar que la infracción de la LDC no ha sido negativa para la empresa, es decir, que la sanción no ha excedido el beneficio ilícito obtenido por la empresa.

En tercer lugar, AGUZZONI *et al.* (2013)¹¹¹ muestran que mientras que el efecto total de una investigación de competencia es una reducción del valor de mercado de la empresa de entre un 3,03 y un 4,55 por 100, las multas solo suponen el 8,9 por 100 de esta pérdida, siendo la mayor parte de la pérdida de la empresa debido a la pérdida de beneficios ocasionada por el fin de las actividades ilegales.

También COMBE *et al.* (2011)¹¹² concluyen que en el caso de las sanciones de la CE, sustancialmente superiores a las españolas, «el nivel de las multas con respecto al beneficio ilegal obtenido por los miembros de los cárteles es bajo ya que en el mejor de los casos solo la mitad de las multas llegan a este valor. Esto implica que las multas se sitúan normalmente por debajo de la ganancia mínima ilegal realizada por el cartel. Así, las multas impuestas a los cárteles de la Comisión Europea no son óptimas, incluso considerando una probabilidad del 100% de detección».

Massimo MOTTA realiza en 2007¹¹³ una simulación teórica en la que muestra que asumiendo una probabilidad de detección del 15 por 100 y un incremento de precios por el cartel del 15 por 100, las sanciones óptimas se deberían establecer entre el 41 y el 84 por 100 del volumen total afectado por la infracción. Por tanto, incluso considerando un incremento de precios inferior al que muestran los estudios sobre pasados cárteles, el límite inferior de las sanciones óptimas (41 por 100) exigiría un nivel de sanción superior al establecido por la CNC.

En este mismo trabajo, MOTTA rebate lo que denomina los dos mitos sobre la imposición de sanciones: i) que las sanciones de competencia provocarían la bancarrota de las empresas, y ii) que las sanciones de competencia serán trasladadas a los consumidores en el futuro.

En primer lugar, respecto a la posibilidad de que una empresa tenga que cesar su actividad debido al pago de la sanción, la existencia del límite del 10 por 100 del volumen de ventas total ya actúa como protección ante la imposición de multas que pongan en riesgo la estabilidad financiera de las empresas.

¹¹¹ L. AGUZZONI, G. LANGUS y M. MOTTA, «The Effect of EU Antitrust Investigations and Fines on a Firm's Valuation», en *The Journal of Industrial Economics*, núm. 61 (2), 2013, pp. 290-338.

¹¹² E. COMBE y C. MONNIER, «Fines against hard-core cartels in Europe: the myth of over-enforcement», en *Antitrust Bulletin*, vol. 56 (2), 2011, pp. 235-276.

¹¹³ M. MOTTA, «On cartel deterrence and fines in the EU», en *European University Institute, Florence and Università di Bologna*, 12. 2007.

Además, incluso aunque la empresa abandone el mercado después de la imposición de la sanción, no debemos presuponer que esto se deba al coste de la multa. Si una empresa abandona el mercado después de ser juzgada lo más probable es que no se deba a la multa (que como se ha dicho representa un 8,9 por 100 de la pérdida del valor de la empresa), sino a que la empresa espera no ser eficiente en un mercado competitivo. Es decir, la empresa sancionada únicamente sobrevivía en el mercado gracias a la existencia de precios supracompetitivos o a restricciones a sus competidores y a pesar de haber obtenido beneficios extraordinarios durante la duración de la infracción es menos eficiente que las empresas con las que tendrá que competir en el mercado.

En efecto, la teoría económica predice que aquellas empresas que no se encuentran en un entorno competitivo sean menos eficientes debido a los menores incentivos a la inversión y a la ausencia de un proceso de selección darwiniano, donde las empresas menos eficientes desaparecen.

Por tanto, la desaparición de una empresa tras la acción de las autoridades de competencia no se debe a un exceso de la cuantía de la multa, sino más bien a la falta de eficacia competitiva de esa empresa en un mercado sin acuerdos anticompetitivos u otras restricciones. Dicha empresa, en ausencia de acuerdo o pacto no puede alcanzar un nivel óptimo de rentabilidad y probablemente será sustituida por una o más empresas en el mercado que sean más eficientes o estén mejor preparadas en un entorno competitivo.

En segundo lugar, respecto a la recuperación de las multas a través de un incremento posterior de los precios, este mito carece de todo argumento económico, ya que si realmente la empresa tuviese la capacidad de incrementar los precios hasta cierto nivel no hay ninguna razón por la que no lo hubiese podido hacer sin la existencia de la multa. Es decir, la multa es un coste hundido, y por tanto no influye en la decisión de precios de la empresa.

8. EL NIVEL DE MULTAS DE LA CNC ES INFERIOR AL DE OTRAS JURISDICCIONES

La tendencia internacional en cuanto a la imposición de multas está marcada por un incremento general en la imposición de multas. En prácticamente todos los países las multas se han incrementado como consecuencia de un endurecimiento de los criterios para la imposición de multas, así como por un mayor número de casos reincidentes. Como muestra la tabla 1, las sanciones se han incrementado exponencialmente hasta 2010. Nótese que el estancamiento de la sanción media en el periodo 2010-2013 está influido en parte por el menor volumen de negocios de las empresas como consecuencia de la situación económica.

Tabla 1. Sanciones impuestas por la Comisión Europea (totales y por empresa)

Periodo	Total sanciones en €		Número de empresas sancionadas	Sanción en € por empresa	
	No ajustadas por decisiones de TJUE	Ajustadas por decisiones de TJUE		No ajustados por decisiones de TJUE	Ajustados por decisiones de TJUE
1990-1994	539.691.550	344.282.550	185	2.917.252	1.860.987
1995-1999	292.838.000	270.963.500	45	6.507.511	6.021.411
2000-2004	3.462.664.100	3.157.348.710	157	22.055.185	20.110.501
2005-2009	9.414.012.500	8.349.201.663	205	45.922.012	40.727.813
2010-2013 *	5.499.997.674	5.286.663.579	125	43.999.981	42.293.309
TOTAL	19.209.203.824	17.408.460.002	717	26.791.079	24.279.582

* Hasta 10 de julio de 2013.

Fuente: Elaboración propia a partir de las estadísticas de la CE.

En el caso español, solo desde la creación de la CNC hasta el ejercicio más reciente la cuantía total de las multas se ha multiplicado por ocho ¹¹⁴ aunque, como ya hemos recordado, también se han incrementado de forma muy significativa los procedimientos de cártel, menos frecuentes antes de la creación de la CNC e incluso de la entrada en vigor del Programa de Clemencia.

Por eso, incluso habiendo aumentado la cuantía de nuestras multas, estas siguen siendo en términos relativos muy inferiores a las de las autoridades de nuestro entorno. Según los datos de la *Global Competition Review* ¹¹⁵ las sanciones medias impuestas por España son significativamente inferiores al resto de los países desarrollados. Mientras que en España las multas se sitúan en una media de 7 millones de euros, en Reino Unido alcanzan los 69 millones de euros, en Francia los 37 y en Alemania los 19 (tabla 2).

La cifra aparentemente reducida de multas en los Estados Unidos no debe llevar a engaño. En ese país existen instrumentos adicionales de disuasión como las penas de cárcel para los directivos o el coste de las demandas civiles por daños y perjuicios que ahí alcanzan el triple del daño causado por la práctica restrictiva. Además, en los países anglosajones preocupa especialmente a las empresas el desprestigio que les supone ser descubiertas infringiendo las normas de la libre competencia (el llamado daño reputacional), mientras que en España, por ejemplo, el daño

¹¹⁴ Entre el ejercicio 2007-2008 y el ejercicio 2012-2013. Véase la *Memoria de Actividades de la CNC*, op. cit., supra, en la nota 15.

¹¹⁵ Véase «Rating Enforcement 2013» de *Global Competition Review*, Analysis Part 3, <http://globalcompetitionreview.com/surveys/article/33561/analysis-part-3/>.

Tabla 2. Sanciones medias a cárteles (2012)

<i>País</i>	<i>Sanción media (en millones de euros)</i>	<i>Sanciones totales (en millones de euros)</i>
Comisión Europea	375,00	1.900,00
Reino Unido (OFT)	69,00	69,00
Brasil (CADE)	57,00	57,00
Estados Unidos (DoJ)	39,00	880,30
Francia	37,00	293,00
Australia	36,10	36,10
Suiza	27,00	135,00
Alemania	19,00	316,00
Chile	19,00	38,00
Corea	11,00	271,00
Italia	10,80	43,00
Japón	8,30	151,70
Portugal	8,30	16,50
Países Bajos	7,40	36,90
España	7,00	98,40
Pakistán	4,70	9,40
Hungría	4,30	4,30
República Checa	3,70	3,70
Turquía	3,20	25,50
Sudáfrica	2,90	38,60

Fuente: *Global Competition Review*. Países con mayores sanciones medias.

reputacional ¹¹⁶ por infringir las normas de competencia es, de momento, reducido.

Por tanto, se observa un mayor efecto disuasorio en los países de nuestro entorno, o bien por la imposición de sanciones muy superiores a las de la CNC o bien porque disponen de instrumentos adicionales de disuasión: multas personales, sanciones penales, triplo daño, un mayor desarrollo de las reclamaciones por daños, daño reputacional... Y ello incluso en un escenario de cuantificación de las multas de acuerdo con los criterios explicitados en la Comunicación de Sanciones de la CNC. De haberse calculado las multas conforme a los criterios de la AN, la cuantía

¹¹⁶ Véase el Informe de la OFT sobre Cumplimiento y Disuasión publicado el 7 de diciembre de 2011, *The deterrent effect of competition enforcement by the OFT*, disponible en su página web http://www.of.gov.uk/shared_of/reports/Evaluating-OFTs-work/oft962.pdf.

total habría sido bastante inferior y, por tanto, el efecto disuasorio también menor.

9. CONCLUSIONES

Como principio general, toda política que carece de los mecanismos adecuados para garantizar su observancia o disuadir las infracciones de la misma, derivará en una política ineficaz.

Si tuviésemos en cuenta ciertas estimaciones realizadas recientemente en el ámbito académico de la defensa de la competencia que consideran una moderadamente baja probabilidad de detección, el nivel mínimo de una sanción disuasoria debería alcanzar el 41 por 100 del volumen de ventas afectado por la infracción¹¹⁷.

De acuerdo con lo analizado en este trabajo, las multas que hasta ahora ha impuesto la autoridad de competencia en España, aun habiéndose incrementado en los últimos años desde la publicación de la Comunicación de Sanciones de la CNC en 2009, siguen estando en términos relativos (*i. e.* por empresa infractora) muy por debajo de las jurisdicciones más próximas a la nuestra.

La AN, en su sentencia de 6 de marzo de 2013, aplica una metodología para el cálculo de las multas que ignora la Comunicación de Sanciones de la CNC, así como la jurisprudencia previa de la AN, el TS y los tribunales comunitarios respecto de la doctrina de la Comisión Europea, muy similar a la de la CNC.

De confirmarse esa metodología de cálculo, la autoridad de competencia en España se vería obligada a reducir de manera significativa el nivel de sanciones que vienen siendo impuestas en la actualidad. Incluso, como se ha señalado, es posible (y en muchos casos probable) que la sanción calculada conforme a los criterios de la AN en las sentencias analizadas en este artículo se sitúe por debajo del beneficio ilícito obtenido por la infracción.

En este escenario, la política sancionadora de la autoridad de competencia no garantizaría un adecuado nivel de disuasión. Incluso si, por ejemplo, se incrementasen significativamente los recursos de la autoridad para la detección de prácticas restrictivas, la amenaza de una sanción inferior al beneficio ilícito determinaría la ausencia de consecuencias negativas por la infracción de la Ley y, por tanto, se trataría de una política irrelevante y, por tanto, ineficaz.

Otra cuestión distinta es si, queriendo una política sancionadora contundente y suficientemente disuasoria, traducida en multas muy elevadas de naturaleza cuasi penal, sería necesario modificar los procedimientos para la adopción de las decisiones de la autoridad de competencia. Por ejemplo,

¹¹⁷ M. MOTTA, «On cartel deterrence and fines in the EU», en *European University Institute, Florence and Università di Bologna*, 12, 2007.

elevando los estándares de prueba para la determinación de una infracción o de la culpabilidad de los infractores, dotando de más garantías procedimentales a los imputados en los procedimientos o introduciendo un sistema de *check and balances* interno para garantizar aún más la coherencia y solidez de las decisiones.

Lo cierto es que, en lo que se refiere a la defensa de la competencia, la experiencia de nuestro país es relativamente reciente en comparación con otros países de nuestro entorno. El Programa de Clemencia, el más eficaz de todos los instrumentos en la lucha contra los cárteles, apenas lleva en vigor más de cinco años y las multas al amparo de la nueva Ley 15/2007 están siendo analizadas por los tribunales escasamente en los tres últimos años.

Desde este punto de vista, creemos que la política de competencia en España, independientemente de la autoridad encargada de su aplicación¹¹⁸, se encuentra en un punto crucial. Siendo la cuantificación de las multas un elemento esencial para la eficacia de esta política, la forma en la que sea determinada por los órganos jurisdiccionales es determinante para el futuro de su aplicación. Esperamos que el TS, que deberá pronunciarse sobre esta cuestión en los próximos meses, tome en consideración no solo la literatura económica sobre el nivel disuasorio de las multas, sino también la jurisprudencia de los tribunales comunitarios al respecto, ya no solo por la debida observancia de los principios de cooperación leal e interpretación conforme del Derecho nacional al Derecho comunitario, sino también por el hecho de que llevan mucho más tiempo perfilando los contornos de una política sancionadora respetada por todos los operadores económicos que operan en Europa.

¹¹⁸ Nos referimos obviamente a la creación de la Comisión Nacional de los Mercados y de Competencia y a la extinción de la CNC.

PRECIOS EXCESIVOS Y DOMINANCIA COLECTIVA: EL CASO DE LOS MENSAJES CORTOS DE TELEFONÍA MÓVIL

Jordi FORNELLS DE FRUTOS

Subdirector de Sociedad de la Información
de la Dirección de Competencia de la CNMC

Juan Enrique GRADOLPH CADIerno

Vocal asesor de la Vicepresidencia de la CNMC

1. INTRODUCCIÓN

El 19 de diciembre de 2012 el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (en adelante, CNC) resolvió en el marco del expediente S/0248/10¹ declarar acreditado que Telefónica Móviles de España, S. A. U. (en adelante, TELEFÓNICA), Vodafone España, S. A. U. (en adelante, VODAFONE) y France Telecom España, S. A. U. (en adelante, ORANGE) habían infringido el art. 2 de la Ley, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC) y el art. 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE), imponiendo multas muy significativas, que van desde los casi 30 millones de euros a ORANGE, hasta más de 43 millones de euros a VODAFONE y más de 46 millones de euros a TELEFÓNICA.

En particular, el Consejo de la CNC consideró acreditado que TELEFÓNICA, VODAFONE y ORANGE habían abusado de sus respectivas posiciones de dominio en cada uno de los mercados mayoristas de terminación de mensajes cortos en sus redes de telefonía móvil, mediante la aplicación de precios excesivos en los mismos.

Asimismo, el Consejo de la CNC estimó que estas conductas abusivas se habían visto sostenidas desde el año 2006 por el desarrollo en los mercados mayoristas de acceso y originación de mensajes cortos, donde los tres operadores tenían una posición de dominio colectiva, de estrategias de precios consistentes con las desplegadas en los mercados mayoristas de

¹ Disponible en http://www.cncompetencia.es/Inicio/GestionDocumental/tabid/76/Default.aspx?EntryId=197761&Command=Core_Download&Method=attachment.

terminación de mensajes cortos, dando lugar a una infracción única y continuada de la normativa de competencia.

Este caso es especialmente interesante en la medida que aplica dos instrumentos que son usados por las autoridades de competencia en pocas ocasiones: las conductas abusivas consistentes en precios excesivos y la posición de dominio colectiva.

Adicionalmente, este asunto pone de manifiesto las interrelaciones existentes entre la regulación *ex ante* del sector de las comunicaciones electrónicas, desarrollada por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante, CMT), y la aplicación *ex post* de la normativa de competencia la CNC, así como el carácter complementario de ambas vías.

En este artículo se van a analizar, en primer lugar, las especiales características del sector de la telefonía móvil que han posibilitado la acreditación por la CNC de la existencia de conductas abusivas consistentes en precios excesivos y de una posición de dominio colectiva.

Posteriormente, se desarrollará cuál ha sido el papel de la regulación *ex ante* en los mercados considerados, así como en mercados conexos, poniendo especial énfasis en aquellos aspectos que verifican su complementariedad con la actuación *ex post* de la CNC.

Por último, se va a realizar un análisis pormenorizado de los principales extremos de la Resolución del Consejo de la CNC de 19 de diciembre de 2012, en particular, de los hechos acreditados y del análisis jurídico realizado.

2. CARACTERÍSTICAS PARTICULARES DEL SECTOR DE LA TELEFONÍA MÓVIL

El sector de la telefonía móvil presenta una serie de características que han dado lugar a la aparición de mercados mayoristas específicos, en los que los distintos operadores de telefonía móvil se interrelacionan entre sí.

Asimismo, determinados rasgos de este sector han facilitado el desarrollo y sostenimiento de las conductas abusivas sancionadas por la CNC en el expediente S/0248/10.

En particular, la configuración del sector de la telefonía móvil en España ha permitido la aparición de una posición de dominio colectiva de TELEFÓNICA, VODAFONE y ORANGE en algunos mercados, así como la aplicación por estos operadores de precios excesivos en determinados mercados mayoristas, que han repercutido sobre los precios minoristas de los servicios minoristas de telefonía móvil correspondientes.

A continuación se van a analizar de forma somera los distintos mercados mayoristas de telefonía móvil existentes en España, para a continuación examinar dos rasgos determinantes de la dinámica competitiva del sector: el sistema de facturación de los servicios de telefonía móvil y las barreras a la entrada existentes.

A. MERCADOS MAYORISTAS DE TELEFONÍA MÓVIL

En España existe una obligación legal de interconectar entre sí las distintas redes de comunicaciones electrónicas, incluidas las de telefonía móvil, de tal manera que los distintos usuarios finales de dichas redes puedan dirigirse comunicaciones entre sí con independencia del operador que les presta servicio a cada uno de ellos.

Adicionalmente, el espectro radioeléctrico que se utiliza para dar servicios de telefonía móvil es un recurso escaso, cuyo uso directo está limitado a los titulares de las licencias del mismo.

Para soslayar esta limitación técnica y las barreras a la entrada existentes en el sector, se ha desarrollado una obligación regulatoria que ha permitido la aparición de mercados de servicios mayoristas de acceso y originación de telefonía móvil, en los que los operadores con licencias de espectro radioeléctrico de telefonía móvil y con redes de telefonía móvil desplegadas en el territorio nacional, también denominados Operadores Móviles de Red (OMR), prestan servicios mayoristas de acceso y originación a operadores que no cuentan con licencias de espectro radioeléctrico, también denominados Operadores Móviles Virtuales (OMV).

Con estos servicios mayoristas de acceso y originación, los OMR permiten el uso de sus frecuencias y su red de telefonía móvil por los OMV, a cambio de un precio, para que estos últimos puedan prestar servicios minoristas de telefonía móvil a sus clientes finales.

En este contexto, se pueden distinguir dos bloques de mercados mayoristas en el sector de la telefonía móvil.

El primer bloque de mercados está relacionado con los servicios mayoristas de terminación, con los que se posibilita la interconexión entre las distintas redes de telefonía móvil y que los usuarios finales de las diversas redes puedan comunicarse entre sí.

El segundo corresponde con los servicios mayoristas de acceso y originación, que permiten la entrada de nuevos operadores que ofrecen servicios de telefonía móvil en el ámbito minorista, aun sin contar con licencias de espectro radioeléctrico o con una red de telefonía móvil propia desplegada en el territorio nacional.

La dinámica competitiva de estos mercados mayoristas afecta significativamente al funcionamiento de los mercados minoristas en los que se prestan servicios de telefonía móvil a los usuarios finales.

B. SISTEMA DE FACTURACIÓN DE LOS SERVICIOS DE TELEFONÍA MÓVIL EN ESPAÑA

El sistema de facturación de los servicios de telefonía móvil en España se basa en el principio de «el que llama paga» (CPP, «*calling party pays*»),

excepto en el caso del servicio de itinerancia internacional, cuando se reciben llamadas o mensajes cortos en el extranjero, donde el usuario receptor de las comunicaciones también paga.

Como consecuencia de este sistema de facturación, el usuario receptor no soporta coste alguno por recibir llamadas o mensajes cortos, siendo el coste de la comunicación facturada íntegramente al cliente que ha originado la comunicación.

Esto tiene importantes implicaciones sobre las comunicaciones *off-net*, en las que el usuario que origina la comunicación es cliente de un operador distinto del que presta servicio al cliente que recibe la comunicación.

En este caso, el operador que factura la comunicación al usuario que la origina, ha de pagar al operador del cliente destino de la misma un importe por el denominado servicio mayorista de terminación, que permite la interconexión entre las distintas redes de comunicaciones electrónicas a las que acceden estos usuarios finales. El importe pagado por este servicio mayorista es el precio de terminación de la comunicación.

De esta manera, una variación en el precio mayorista de terminación de las llamadas o mensajes cortos fijado por un operador no tiene una influencia directa en los usuarios de dicho operador. Así, no hay ninguna relación directa entre los precios que aplica cada operador por los servicios mayoristas de terminación en su red y la demanda de servicios minoristas que hacen sus abonados.

Por tanto, este sistema de facturación de servicios minoristas de telefonía móvil reduce significativamente la presión a la baja que soporta el operador a la hora de fijar el precio mayorista de terminación de las comunicaciones terminadas en su propia red.

Este fenómeno se ve reforzado por el hecho de que el servicio mayorista de terminación no es sustituible y, sobre todo, porque la demanda a nivel mayorista (procedente de otros operadores) viene determinada directamente por la demanda a nivel minorista, de manera que el operador del usuario que inicia la comunicación *off-net* no tiene otra alternativa que terminarla en la red del usuario llamado.

En cambio, en las comunicaciones *on-net*, en las que los usuarios emisor y receptor de la comunicación son clientes del mismo operador y, por tanto, no hay interconexión entre redes, no se produce este pago a terceros operadores por servicios mayoristas de terminación, pues se produce una autoprestación de los servicios de terminación.

Esta dinámica competitiva ha llevado, en ausencia de regulación *ex ante*, a la fijación por los operadores de precios mayoristas de terminación de llamadas y mensajes cortos muy por encima de costes.

Asimismo, esto ha facilitado el desarrollo de estrategias de precios minoristas basadas en la diferenciación significativa de los precios de las comunicaciones *on-net* y *off-net*, siendo los primeros mucho más bajos que los segundos.

C. BARRERAS A LA ENTRADA

Otra característica particular del sector de la telefonía móvil es que cuenta con unas barreras a la entrada muy significativas.

Como se ha indicado anteriormente, una de las principales barreras a la entrada deriva de la accesibilidad a las bandas de frecuencias del espectro radioeléctrico que se pueden utilizar para prestar servicios de telefonía móvil, en la medida que es un recurso escaso cuyo acceso directo está legalmente limitado a aquellos que lo obtienen a través de licencias adjudicadas a través de concursos públicos.

La disponibilidad de espectro se ha convertido en una barrera a la entrada infranqueable y ha influido mucho en que hasta 2006 sólo hayan existido tres operadores de telefonía móvil en España: TELEFÓNICA, VODAFONE y ORANGE.

La entrada de nuevos operadores se vio retrasada en la práctica hasta que la CMT desarrolló su regulación *ex ante* en relación con los servicios mayoristas de acceso y originación de llamadas móviles², que obligaba a TELEFÓNICA, VODAFONE y ORANGE a dar servicio a los OMV a precios razonables.

Adicionalmente, existen barreras a la entrada económicas muy importantes, derivadas, entre otros factores, de los elevados costes fijos (muchos de ellos hundidos) en el establecimiento y operación de la red, que implican que los servicios de telefonía móvil presenten fuertes economías de escala y alcance. Por otra parte, las fuertes inversiones en publicidad, la existencia de amplias redes de distribución (muchas de ellas exclusivas) y las políticas de captación y fidelización de consumidores, también generan barreras a la entrada económicas significativas.

Asimismo, existen importantes economías de red, en gran parte consecuencia de las políticas comerciales de TELEFÓNICA, VODAFONE y ORANGE, que han basado gran parte de su estrategia comercial durante el periodo investigado en el expediente S/0248/10 (2000 a 2009) en la diferenciación de los precios *on-net* y *off-net* de los servicios minoristas de telefonía móvil, así como en elevados precios mayoristas de terminación.

Esta estrategia comercial ha penalizado a los nuevos entrantes, que se ven obligados a soportar elevados costes en servicios *off-net*, como consecuencia de los elevados precios mayoristas de terminación, y que no pueden replicar muchas ofertas *on-net*, como consecuencia de su falta de economías de red.

² Resolución de 2 de febrero de 2006 por la que se aprueba la definición y análisis del mercado de acceso y originación de llamadas en las redes públicas de telefonía móvil, la designación de los operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas, y se acuerda su notificación a la Comisión Europea.

Disponible en http://www.cmt.es/c/document_library/get_file?uuid=e21f1b8c-5a5f-4aa0-82f5-a91f490f6cb5&groupId=10138.

3. REGULACIÓN *EX ANTE* DE LA CMT EN LOS MERCADOS MAYORISTAS DE TERMINACIÓN Y ORIGINACIÓN DE TELEFONÍA MÓVIL

En el ámbito del sector de las comunicaciones electrónicas, se ha establecido a nivel comunitario un doble sistema de regulación y supervisión de los mercados.

Por una parte, las Autoridades Nacionales de Regulación (ANR), coordinadas con la Comisión Europea, son competentes para desarrollar una regulación *ex ante*, en el marco de la cual se imponen obligaciones a los operadores con poder significativo de mercado para asegurar que los mercados de comunicaciones electrónicas se desarrollan en un entorno de competencia efectiva.

Por otra parte, la Comisión Europea y las Autoridades Nacionales de Competencia (ANC) aplican *ex post* y de forma complementaria la normativa de competencia, sin que la regulación *ex ante* pueda excluir la aplicación de esta normativa.

La complementariedad de ambos sistemas se refleja en el hecho de que la definición de los mercados que son objeto de la regulación *ex ante* por las ANR y la evaluación del poder significativo de mercado de un operador que se debe verificar de cara a poder imponerle obligaciones regulatorias, se llevan a cabo utilizando las mismas metodologías que con arreglo a la normativa sobre competencia.

Además, de acuerdo con la normativa comunitaria, las ANR sólo pueden imponer obligaciones a los operadores con poder significativo de mercado en la medida en que, tras realizar los análisis pertinentes, entre otros factores consideren que la aplicación de la normativa de defensa de la competencia no es suficiente para disciplinar su comportamiento y asegurar un funcionamiento competitivo del mercado.

De esta manera, el uso de las mismas metodologías posibilita que el mercado de referencia definido a efectos de la regulación sectorial corresponda en la mayor parte de los casos con las definiciones del mercado que serían de aplicación con arreglo a la legislación sobre competencia. Lo mismo ocurre en relación con la verificación de la existencia de poder significativo de mercado y de una posición de dominio, pues usualmente ambas situaciones se suelen dar de forma simultánea en los mismos operadores.

Además, el hecho de que solo puedan imponerse obligaciones *ex ante* a estos operadores cuando los instrumentos de defensa de la competencia resultan insuficientes garantiza un uso proporcionado de la potestad regulatoria y evita limitaciones innecesarias de la libertad de empresa.

No obstante, los mercados definidos por la Comisión Europea y las ANC en casos derivados de la aplicación de la normativa de competen-

cia pueden diferir de los definidos por las ANR a efectos de la regulación *ex ante*, tal y como señala el apartado 1 del art. 15 de la Directiva 2002/21/CE, de 7 de marzo de 2002, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva Marco).

De igual forma, la designación de una empresa como poseedora de poder significativo de mercado en uno de los mercados delimitados a efectos de la regulación *ex ante* no implica automáticamente que dicha empresa sea también dominante a efectos del art. 102 del TFUE o del art. 2 de la LDC. Así se reconoce de manera expresa en el párrafo 30 de las Directrices de la Comisión Europea sobre análisis del mercado y evaluación del peso significativo en el mercado dentro del marco regulador comunitario de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (2002/C 165/03; Directrices análisis mercados)³.

Asimismo, el que las ANR deban considerar la eficacia de los instrumentos de defensa de la competencia, antes de imponer obligaciones regulatorias a los operadores con poder significativo de mercado supone que la regulación *ex ante* ha sido diseñada teniendo presente que, en todos los aspectos en que dichos operadores disfrutaran de libertad de actuación, su comportamiento está sometido a la normativa de defensa de la competencia. De esta forma, resulta claro que la regulación *ex ante* se diseña con una vocación complementaria, y no sustitutiva, de la aplicación de la normativa de defensa de la competencia.

En definitiva, en la práctica no puede excluirse que surjan procedimientos paralelos con arreglo a la regulación *ex ante* y a la legislación sobre competencia en un mismo mercado, entre otras razones, porque ambas intervenciones responden a objetivos distintos y resolverían problemas diferentes.

Así, como señala el párrafo 31 de las Directrices de análisis de mercados, las obligaciones *ex ante* impuestas por las ANR a las empresas con poder significativo de mercado están al servicio de los objetivos específicos fijados en las correspondientes Directivas, mientras que las soluciones previstas en la legislación sobre competencia pretenden castigar los acuerdos o comportamientos abusivos que restringen o falsean la competencia en el mercado pertinente.

A. REGULACIÓN *EX ANTE* MERCADOS MAYORISTAS DE TERMINACIÓN DE LLAMADAS MÓVILES

Los mercados mayoristas de terminación de llamadas vocales en las redes de telefonía móvil de cada operador figuraban en las Recomendaciones

³ Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2002:165:0006:0031:ES:PDF>.

de la Comisión Europea de 2003⁴ y 2007⁵ como mercados susceptibles a priori de regulación *ex ante* por parte de las ANR.

De hecho, la importancia que da la Comisión Europea a la regulación de estos mercados de terminación de llamadas móviles la ha llevado a emitir una recomendación específica sobre la metodología a aplicar para regular los precios de terminación de estas llamadas⁶, en la que se pone especial énfasis en que los precios mayoristas regulados de terminación de llamadas móviles deben establecerse de forma simétrica para todos los operadores, basadas en los costes contraídos por un operador eficiente, que se deben calcular sobre la base de costes corrientes en un modelo ascendente de costes incrementales a largo plazo.

La CMT ha regulado los precios mayoristas de terminación de llamadas móviles en diversas ocasiones, que han pasado de fijarse por encima de los 16 céntimos por minuto en el año 2003, a establecerse para todos los operadores en 1,09 céntimos por minuto a partir de julio de 2013.

Esta fuerte bajada de los precios mayoristas regulados de terminación de llamadas móviles se debe fundamentalmente a que las obligaciones de orientación a costes se han aplicado de forma cada vez más estricta por la CMT, entre otras razones como consecuencia de las recomendaciones en este sentido de la Comisión Europea.

A la hora de justificar esta intervención regulatoria, tanto la Comisión Europea⁷ como la CMT⁸ han identificado que el principal fallo de mercado en estos casos deriva de la capacidad y el incentivo de los operadores de aplicar precios excesivos a la hora de fijar sus precios mayoristas de termi-

⁴ Recomendación de la Comisión Europea, de 11 de febrero de 2003, relativa a los mercados pertinentes de productos y servicios dentro del sector de las comunicaciones electrónicas que pueden ser objeto de regulación *ex ante* de conformidad con la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (2003/311/CE), <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32003H0311:ES:HTML>.

⁵ Recomendación de la Comisión Europea, de 17 de diciembre de 2007, relativa a los mercados pertinentes de productos y servicios dentro del sector de las comunicaciones electrónicas que pueden ser objeto de regulación *ex ante* de conformidad con la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas. (2007/879/CE), <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2007:344:0065:01:ES:HTML>.

⁶ Recomendación de la Comisión Europea, de 7 de mayo de 2009, sobre el tratamiento normativo de las tarifas de terminación de la telefonía fija y móvil en la Unión Europea (2009/396/CE), <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:124:0067:01:ES:HTML>.

⁷ Véase apartado 2 de la Nota explicativa de los servicios de la Comisión Europea que acompaña a la Recomendación de la Comisión Europea, de 7 de mayo de 2009, sobre el tratamiento normativo de las tarifas de terminación de la telefonía fija y móvil en la Unión Europea. Disponible en <https://ec.europa.eu/digital-agenda/sites/digital-agenda/files/Copy%20of%20Regulatory%20Framework%20for%20Electronic%20Communications%202013%20NO%20CROPS.pdf>.

⁸ Por ejemplo, véase Resolución de la CMT de 10 de mayo de 2012, por la cual se aprueba la definición y el análisis de los mercados de terminación de llamadas vocales en redes móviles individuales, la designación de operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas, y se acuerda su notificación a la Comisión Europea y al Organismo de Reguladores Europeos de Comunicaciones Electrónicas (MTZ 2011/2503), http://www.cmt.es/c/document_library/get_file?uuid=bd0a3696-8625-45d2-90dc-7c25a21459ea&groupId=10138.

nación de llamadas móviles, aprovechando la demanda cautiva que genera el hecho de que los usuarios finales sean indiferentes a los precios mayoristas que establece el operador que les presta servicio, en la medida que solo pagan directamente por las llamadas que realizan, y no las que reciben.

La CMT ha desarrollado la problemática que generan estos precios excesivos en relación con las llamadas fijo-móvil, cuya competitividad se ve muy limitada por los mayores precios de terminación que los operadores fijos pagan a los operadores móviles en relación con los precios mayoristas de terminación regulados que cobran los operadores fijos, dando lugar a subsidios cruzados entre redes a favor de los operadores móviles.

Adicionalmente, la CMT ha analizado otros problemas que derivan de los precios excesivos de terminación, al fomentar la diferenciación de precios entre llamadas *on-net* y *off-net*, lo que a su vez genera una barrera a la entrada y a la expansión a los operadores más pequeños, especialmente para aquellos que tienen tráficos de llamadas entrantes y salientes desequilibrados y cuyos clientes realizan una elevada proporción de llamadas *off-net*, y que se ven obligados a subsidiar a sus competidores para poder operar en el mercado.

Por su parte, la Comisión Europea ha puesto de manifiesto que los precios excesivos de terminación de llamadas móviles pueden facilitar la colusión tácita entre dos o más operadores de telefonía móvil. Asimismo, la Comisión Europea ha señalado que precios de terminación regulados en un nivel bajo facilitan la aplicación de precios minoristas bajos y un mayor consumo de servicios de telefonía móvil. Asimismo, los precios de terminación regulados a los costes de un operador eficiente facilitan la innovación y los incrementos en la eficiencia de las redes móviles de los distintos operadores.

B. REGULACIÓN *EX ANTE* MERCADOS MAYORISTAS DE TERMINACIÓN DE MENSAJES CORTOS

La Comisión Europea nunca ha delimitado expresamente los mercados mayoristas de terminación de mensajes cortos como susceptibles de regulación *ex ante*.

Sin embargo, la Comisión Europea sí ha indicado⁹ que estos mercados mayoristas de terminación de mensajes cortos se enfrentan a una problemática para la competencia efectiva similar a la existente en los mercados mayoristas de terminación de llamadas móviles, por lo que de forma expre-

⁹ Véase apartado 4.3 de la Nota Explicativa de los servicios de la Comisión Europea que acompaña la Recomendación de la Comisión Europea, de 17 de diciembre de 2007, relativa a los mercados pertinentes de productos y servicios dentro del sector de las comunicaciones electrónicas que pueden ser objeto de regulación *ex ante* de conformidad con la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas. Disponible en <https://ec.europa.eu/digital-agenda/sites/digital-agenda/files/Copy%20of%20Regulatory%20Framework%20for%20Electronic%20Communications%202013%20NO%20CROPS.pdf>.

sa deja abierta la puerta a que las ANR regulen los precios mayoristas de terminación de mensajes cortos.

En algunos países europeos, como Francia, Polonia y Dinamarca, las ANR han decidido regular los precios mayoristas de terminación de mensajes cortos, estableciéndolos en niveles mucho más bajos que los existentes en España.

En España la CMT nunca se ha pronunciado expresamente sobre esta cuestión, a pesar de que llegó a afirmar en 2008¹⁰ que consideraba apropiado realizar un análisis específico de las condiciones de competencia del mercado de terminación de SMS en redes móviles individuales y su relación con el nivel de competencia en la prestación de los correspondientes servicios minoristas.

Todo ello a pesar de que la CNC planteó expresamente en su informe¹¹ sobre la propuesta de la CMT de 31 de julio de 2008, relativa a «la definición y análisis del mercado de terminación de llamadas vocales en redes móviles individuales, la designación de operadores con poder significativo de mercado y la imposición a los operadores de obligaciones específicas», la necesidad de verificar en mayor profundidad si se daban o no las condiciones para imponer obligaciones *ex ante* en los mercados de terminación de mensajes cortos en redes móviles.

En particular, la CNC puso de manifiesto algunos de los posibles problemas de competencia que podían derivar de la estructura competitiva de estos mercados mayoristas de terminación de mensajes cortos: la posibilidad de que esta incentivase la colusión, tácita o explícita, entre los distintos operadores, con efectos perjudiciales sobre la competencia en los mercados minoristas de mensajes cortos.

Asimismo, la CNC destacó el hecho de que los precios mayoristas de terminación de mensajes cortos en redes móviles habían permanecido estables en los últimos años, en un entorno en el que los precios mayoristas de terminación de llamadas vocales se habían reducido significativamente, y que estos precios mayoristas de terminación de mensajes cortos eran bastante similares entre los distintos operadores.

C. REGULACIÓN *EX ANTE* MERCADOS MAYORISTAS DE ACCESO Y ORIGINACIÓN DE LLAMADAS MÓVILES

El mercado mayorista de acceso y originación de llamadas móviles estaba incluido en la Recomendación de la Comisión Europea de 2003 como un mercado susceptible a priori de regulación *ex ante*.

¹⁰ Véase apartado I.1 de la Resolución de la CMT de 18 de diciembre de 2008, por la que se aprueba la definición y el análisis de los mercados de terminación de llamadas vocales en redes móviles individuales, la designación de operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas, y se acuerda su notificación a la Comisión Europea, http://www.cmt.es/c/document_library/get_file?uuid=a30c48bc-878a-421d-8857-4f6a0425ea19&groupId=10138.

¹¹ Disponible en http://www.cncompetencia.es/Inicio/GestionDocumental/tabid/76/Default.aspx?EntryId=11348&Command=Core_Download&Method=attachment.

Como se ha indicado anteriormente, en febrero de 2006 la CMT analizó este mercado, llegando a la conclusión de que el mismo constituía un mercado de referencia que podía ser objeto de regulación *ex ante*, y en el que TELEFÓNICA, VODAFONE y ORANGE disponían conjuntamente de poder significativo de mercado. Asimismo, la CMT decidió establecer una obligación de estos tres operadores de dar acceso a sus redes móviles a precios razonables, aunque sin llegar a establecer de forma exhaustiva cuáles debían ser las condiciones de acceso o qué se podía entender por precios razonables.

Si bien esta obligación de acceso se limitaba en sentido estricto a las llamadas móviles, en la práctica TELEFÓNICA, VODAFONE y ORANGE dieron acceso a sus redes de forma conjunta para todos los servicios de telefonía móvil, fundamentalmente llamadas, mensajes cortos y datos.

En la Recomendación de la Comisión Europea de 2007 este mercado fue excluido de la lista de mercados susceptibles a priori de regulación *ex ante*. En su Nota Explicativa de esta Recomendación, la Comisión Europea justificaba esta decisión sobre la base de que de su experiencia en el examen de los distintos mercados nacionales, se deducía que por norma general los mismos tendían a la competencia efectiva, y en aquellos casos en los que podría existir una colusión tácita entre los operadores de red para excluir a los Operadores Móviles Virtuales, normalmente el Derecho de la competencia podría ser suficiente para hacer frente a esta problemática.

Este mercado debería haber sido objeto de revisión por la CMT en un plazo de tres años, tal y como establece la Directiva Marco, si bien no se ha respetado este plazo.

En este sentido, en mayo de 2012 la CMT emitió un proyecto de medida¹² relativo a la definición y análisis de los mercados de acceso y origenación mayorista en redes móviles, la designación de operadores con poder significativo de mercado y la propuesta de obligaciones específicas, en el que proponía el levantamiento de la regulación *ex ante* de este mercado, sobre la base de que la obligación de dar acceso mayorista a redes móviles incluida en el Real Decreto 458/2011, de 1 de abril, sobre actuaciones en materia de espectro radioeléctrico para el desarrollo de la sociedad digital, eliminaba las barreras a la entrada en este mercado.

En su informe¹³ sobre este proyecto de medida, la CNC consideró que la obligación de acceso mayorista prevista en el Real Decreto 458/2011 podría no ser suficiente para eliminar la barrera a la entrada para la prestación de servicios de comunicaciones móviles que para los operadores alternativos supone la falta de espectro radioeléctrico propio.

¹² Disponible en http://www.cmt.es/c/document_library/get_file?uuid=655259dd-b3b0-42e1-82fc-a14f6a72205a&groupId=10138.

¹³ Disponible en http://www.cncompetencia.es/Inicio/GestionDocumental/tabid/76/Default.aspx?EntryId=169781&Command=Core_Download&Method=attachment.

Por ello, la CNC consideraba que al seguirse manteniendo el primero de los criterios (barreras a la entrada), era necesario que la CMT analizase los otros dos criterios (tendencia a la competencia efectiva e insuficiencia del derecho de la competencia) antes de pronunciarse sobre si resulta pertinente el mantenimiento de la regulación *ex ante* en los servicios mayoristas de acceso y originación de telefonía móvil.

Finalmente, la CMT no llegó a aprobar una propuesta definitiva sobre la revisión de la regulación *ex ante* en el mercado mayorista de acceso y originación de llamadas móviles.

4. LA RESOLUCIÓN DEL CONSEJO DE LA CNC EN EL EXPEDIENTE S/0248/2012

En este epígrafe se resumen algunos aspectos de la Resolución del Consejo de la CNC en el expediente S/0248/2012. No es el objetivo de este artículo reproducir extensamente su contenido, sino destacar algunos de sus aspectos más relevantes, tanto para comprender el caso en su conjunto, como para analizar la interrelación entre las políticas de regulación *ex ante* y la aplicación *ex post* de la normativa de defensa de la competencia. Con este fin, se resume a continuación la estructura del sector de la telefonía móvil en España, y se sintetizan los argumentos del Consejo de la CNC en algunos de los aspectos que suscitaron mayor debate en la fase de resolución.

Para facilitar la exposición, el contenido de los apartados de hechos probados y fundamentos de derecho de la resolución se agrupa en los siguientes epígrafes: la estructura del sector de la telefonía móvil en España; la definición de los mercados relevantes; el análisis de las posiciones de dominio; la conducta abusiva de precios excesivos, y los efectos de la conducta.

A. ESTRUCTURA DEL SECTOR DE TELEFONÍA MÓVIL EN ESPAÑA

El análisis de la estructura del sector de la telefonía móvil en España, recogido en la Resolución del Consejo de la CNC, nos permite destacar dos rasgos del sector que son muy relevantes para el caso. Por un lado, la preponderancia de TELEFÓNICA, VODAFONE y ORANGE en el sector de la telefonía móvil, incluso tras las decisiones regulatorias que determinaron la entrada de Yoigo y de los OMV. Por otro, las marcadas diferencias en la evolución de precios de llamadas de voz y de mensajes cortos, que parecen apuntar a condiciones competitivas no homogéneas entre ambos tipos de servicios.

De acuerdo con la Resolución del Consejo de la CNC¹⁴ la entrada de operadores en el sector de la telefonía móvil en España se ha producido de

¹⁴ Véase epígrafe de hechos probados.

forma gradual y ha venido determinada, en gran medida, por las decisiones regulatorias.

Así, aunque TELEFÓNICA ya prestaba servicios de telefonía móvil con tecnología analógica desde el año 1976, fue a mediados de los años noventa cuando se concedieron las primeras concesiones de telefonía digital a TELEFÓNICA y VODAFONE (entonces Airtel) y a finales de esa década cuando empezó a operar ORANGE (entonces Retevisión Móvil).

La segunda oleada de entradas de operadores en el ámbito de los servicios minoristas de telefonía móvil se produce a partir de finales de 2006, cuando empieza a operar Yoigo (Xfera Móviles, S. A.), que había obtenido una licencia de telefonía móvil de tercera generación (UMTS) en el año 2000, pero que empieza a prestar sus servicios sobre la base de un acuerdo de itinerancia nacional, que le permite el uso de la red de VODAFONE en aquellas zonas del territorio nacional donde Yoigo no ha desplegado una red propia.

Asimismo, es a finales de 2006 cuando aparecen en el mercado los primeros OMV, tras la aprobación, por parte de la CMT, de la regulación por la que obligaba a TELEFÓNICA, VODAFONE y ORANGE a ofrecer servicios mayoristas de originación y acceso de llamadas de telefonía móvil.

Tras la adopción de estas decisiones regulatorias, la estructura del sector de telefonía móvil evoluciona paulatinamente. No obstante, tal y como se ilustra en las siguientes tablas, que reflejan algunos de los datos acreditados en la resolución, TELEFÓNICA, VODAFONE Y ORANGE mantenían, en 2010, cuotas elevadas, tanto en términos de líneas, como de ingresos, independientemente de que se estén considerando los ingresos totales de telefonía móvil, los ingresos minoristas o los mayoristas.

Tabla 1. Porcentaje de líneas

	2006	2010
Total 3 operadores	100,0	91,3
Telefónica	45,7	41,8
Vodafone	29,9	29,4
Orange	24,3	20,1
Resto operadores	0,0	8,7
Yoigo	0,0	3,9
OMV	0,0	4,8
TOTAL	100,0	100,0

Tabla 2. Porcentaje de ingresos: servicios minoristas

	2006	2010
Total 3 operadores	99,9	95,1
Telefónica	50,0	47,0
Vodafone	32,7	30,4
Orange	17,2	17,6
Resto operadores	0,1	4,9
Yoigo	0,0	2,4
OMV	0,1	2,5
TOTAL	100,0	100,0

Fuente: Resolución del Consejo de la CNC en el expediente S/0248/2012. Elaborado a partir de datos de los informes anuales de la CMT.

Tabla 3. Porcentaje de ingresos: servicios mayoristas

	2006	2010
Total 3 operadores	100,0	93,0
Telefónica	41,3	38,9
Vodafone	35,6	32,6
Orange	23,1	21,5
Resto operadores	0,0	7,0
Yoigo	0,0	5,2
OMV	0,0	1,8
TOTAL	100,0	100,0

Tabla 4. Porcentaje de ingresos: total servicios

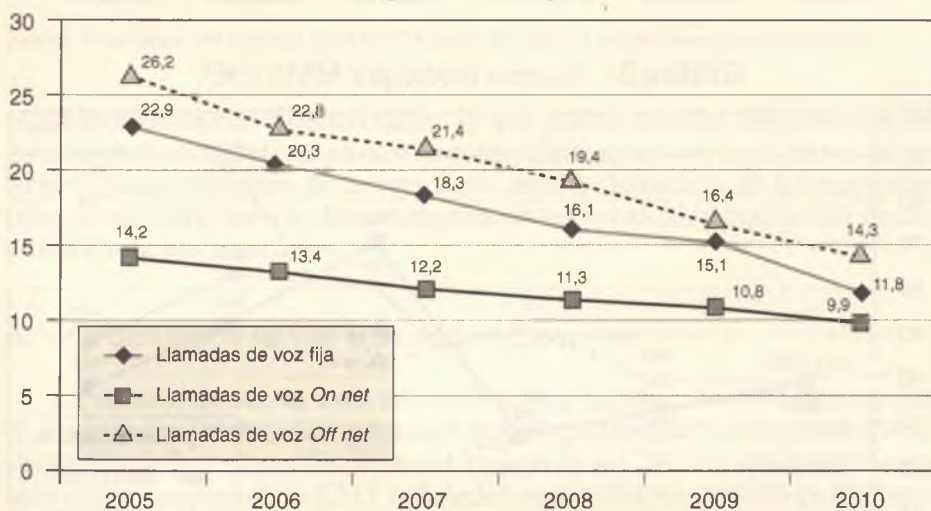
	2006	2010
Total 3 operadores	99,9	94,8
Telefónica	47,9	45,7
Vodafone	33,4	30,8
Orange	18,6	18,3
Resto operadores	0,1	5,2
Yoigo	0,0	2,9
OMV	0,1	2,4
TOTAL	100,0	100,0

Fuente: Resolución del Consejo de la CNC en el expediente S/0248/2012. Elaborado a partir de datos de los informes anuales de la CMT.

Por lo que se refiere a la estructura de los precios minoristas, la Resolución del Consejo de la CNC recuerda cuáles son las modalidades de tarificación más habituales en la etapa a la que se refiere el expediente. En el caso de las llamadas de voz, la modalidad más habitual consiste en un cargo inicial fijo por establecimiento de llamada y un cargo variable, en función de su duración. En el caso de los mensajes cortos, tanto SMS como MMS, los operadores solían cargar un precio fijo por cada mensaje enviado. En ambos casos, los operadores diferencian entre precios para llamadas nacionales e internacionales, así como entre precios para llamadas *on net* (dirigidas a clientes del mismo operador) y *off net* (dirigidas a clientes de otros operadores).

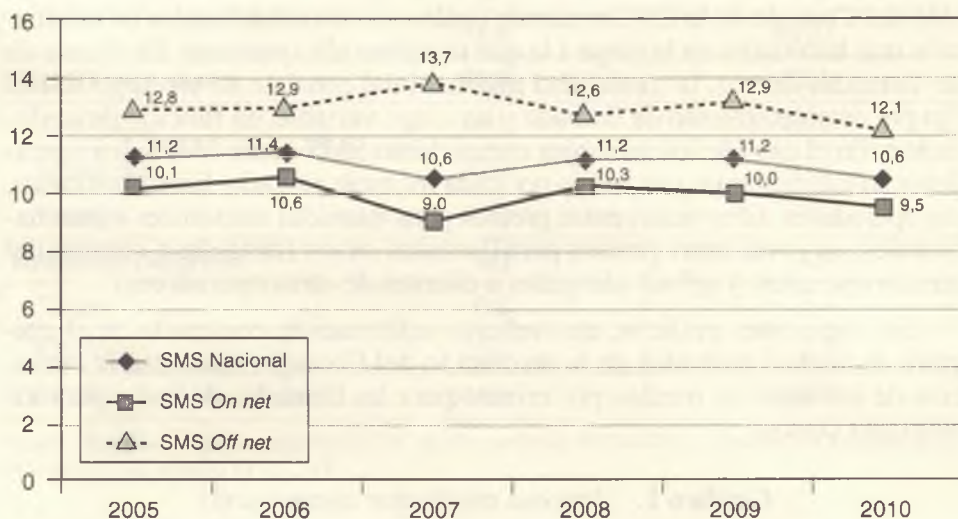
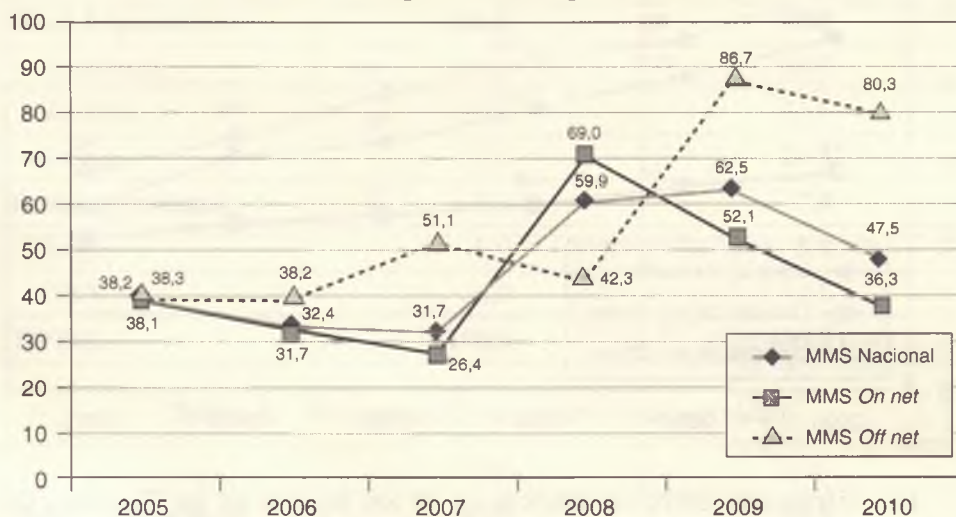
Los siguientes gráficos, que reflejan información contenida en el epígrafe de hechos probados de la resolución del Consejo, muestran la evolución de los ingresos medios por minuto para las llamadas de voz y para los mensajes cortos.

Gráfico 1. Ingreso medio por minuto (c€)



Las diferencias entre las tendencias de los precios de las llamadas de voz y de los mensajes cortos son evidentes y, como recuerda el Consejo de la CNC citando la Resolución de 2 de febrero de 2006 de la CMT, ponen de manifiesto que «el servicio de mensajería no ha transmitido a los usuarios mejoras en el precio debido a disminuciones de costos por economías de escala y alcance».

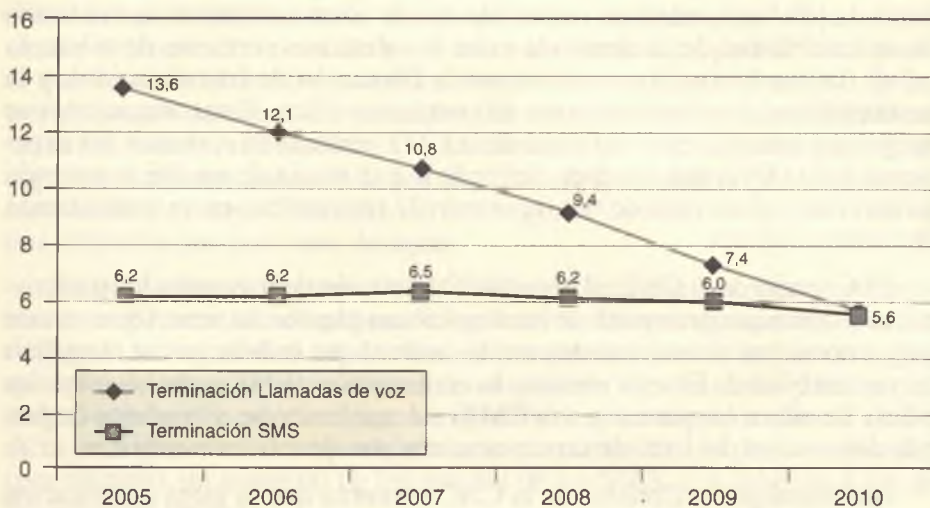
Esta diferente capacidad para trasladar disminuciones de costes al precio final estaría condicionada, al menos en parte, por diferencias en los marcos regulatorios. Como ya se ha señalado los precios mayoristas de terminación de las llamadas de voz están sujetos a límites máximos establecidos por la CMT que persiguen su progresiva orientación a costes. Para alcanzar este objetivo la CMT establece una senda de ajuste o *glide path* que determina un descenso gradual de los precios de terminación de llamadas de voz. Por

Gráfico 2. Ingreso medio por SMS (c€)**Gráfico 3.** Ingreso medio por MMS (c€)

Fuente: Resolución del Consejo de la CNC a partir de datos de los informes anuales de CMT.

el contrario, los precios mayoristas de terminación de los mensajes cortos no están sujetos a regulación y no siguieron la misma tendencia de descenso en el periodo de análisis. El siguiente gráfico ilustra estas diferencias.

En definitiva, los datos revelan que, a pesar de las decisiones regulatorias orientadas a abrir el sector a nuevos competidores, TELEFÓNICA, VODAFONE y ORANGE mantienen una presencia elevada en el ámbito de la telefonía móvil en España. Asimismo, se pone de manifiesto que los precios de los servicios de llamadas de voz y de mensajes cortos han

Gráfico 4. Ingreso medio (c€/minuto o mensaje)

Fuente: Resolución del Consejo de la CNC a partir de datos de los informes anuales de CMT.

seguido evoluciones diferenciadas, lo que podría guardar relación con las condiciones competitivas en que se comercializan ambos tipos de servicios. Ambos rasgos resultan de interés tanto para la definición de los mercados relevantes, como para la determinación de las eventuales posiciones de dominio en dichos mercados.

B. LA DEFINICIÓN DE LOS MERCADOS RELEVANTES

La definición de los mercados relevantes fue uno de los aspectos que en los que los interesados centraron sus alegaciones a la propuesta que la Dirección de Investigación elevó al Consejo de la CNC¹⁵ y que suscitó también observaciones de la CMT reflejadas en su informe emitido en el marco del expediente S/0248/10. La Dirección de investigación definió un total de diez mercados relevantes: dos mercados minoristas y ocho mercados mayoristas, todos ellos de ámbito nacional.

En el ámbito minorista, la Dirección de Investigación, tras realizar un análisis de la sustituibilidad de demanda de los distintos servicios minoristas, propuso la definición de dos mercados relevantes, el de servicios de mensajes de texto (SMS) y el de servicios de mensajes multimedia (MMS).

Frente a estas definiciones, TELEFÓNICA, VODAFONE y ORANGE propugnaban la definición de un mercado minorista más amplio, que englobara todos los servicios minoristas de telefonía móvil (mensajes, de texto y multimedia; voz, y transmisión de datos). Estas alegaciones se funda-

¹⁵ Véase, especialmente, el fundamento de derecho 5.º de la Resolución.

mentaban en tres tipos de argumentos: el hecho de que los servicios minoristas de telefonía móvil se comercializan de forma conjunta; la existencia de sustituibilidad de la demanda entre los distintos servicios de telefonía móvil (en contra de lo concluido por la Dirección de Investigación), y la sustituibilidad de oferta entre los diferentes servicios. Estas alegaciones se apoyaban, además, en el informe de la CMT emitido en el marco del expediente S/0248/10, que también defiende la existencia de un único mercado de servicios minoristas de telefonía móvil, apoyándose en su contratación de forma conjunta.

El Consejo de la CNC, al abordar la definición de los mercados minoristas, considera que gran parte de las alegaciones planteadas tienen que ver con qué se considera el conjunto de partida desde el que se debe iniciar el análisis de sustituibilidad. En este sentido, la contratación conjunta de los servicios habría llevado a las partes (y a la CMT) a considerar que el conjunto de partida debía ser el del total de servicios minoristas de telefonía móvil.

Sin embargo, el Consejo de la CNC recuerda que la mera contratación conjunta no debe llevar, de forma automática, a concluir que todos los servicios forman parte de un mismo mercado. En particular, estima que no debe llegarse a esta conclusión cuando existe una demanda con características propias para cada uno de los servicios, una oferta comercial específica para cada uno de ellos y hay diferencias en la presión competitiva que cada servicio enfrenta.

Estos rasgos se dan en el caso que nos ocupa, en particular porque las estructuras tarifarias generalmente aplicadas durante el periodo permitían a los consumidores distinguir los precios de cada uno de los servicios que adquiriría (SMS, MMS, voz o datos) y determinar, en función de su precio, la cantidad que deseaba demandar de cada uno de ellos (independientemente de que habitualmente los contratara todos con el mismo operador). Otros factores, como el distinto peso de los distintos servicios en la cesta de consumo; el hecho de que a algunos de ellos (por ejemplo, MMS) sólo acceda una parte de la demanda, o las condiciones regulatorias no homogéneas (no hay regulación de los precios de terminación para los mensajes y sí para la voz), también contribuyen a que las condiciones competitivas resulten no homogéneas.

Tomando, por tanto los SMS y los MMS como conjuntos de partida, el Consejo de la CNC considera que el análisis de sustituibilidad efectuado por la Dirección de Investigación (que se apoyaba en las distintas características de los distintos servicios y las diferentes necesidades que cubren) es correcto, de forma que los distintos servicios no pueden considerarse sustitutos desde la perspectiva de la demanda.

El análisis de la sustituibilidad por el lado de la oferta es más complejo y presenta un mayor interés. Las partes y la CMT defendían que la existencia de sustituibilidad por el lado de la oferta debería llevar a considerar que los mensajes cortos (SMS y MMS) y los servicios de voz forman parte de un mismo mercado.

El Consejo de la CNC no llega a pronunciarse de forma concluyente sobre la sustituibilidad de la oferta, dado que considera que el perímetro exacto del mercado minorista no es una cuestión crucial para el caso, puesto que no es en el ámbito minorista donde debe realizarse el análisis de las posiciones de dominio. En definitiva, las conclusiones de la resolución no variarían, tanto si se considera que los distintos servicios constituyen meros segmentos diferenciados de la demanda, como si se estima que constituyen mercados relevantes distintos. Sin embargo, el Consejo de la CNC realiza una reflexión que conviene destacar.

En particular, el Consejo de la CNC considera que los operadores presentes en el mercado disponen de los activos físicos necesarios y pueden reasignar su capacidad productiva de un servicio minorista a otro (por ejemplo, de voz a SMS) sin costes de adaptación significativos y en un plazo breve. Además, podrían tener los incentivos necesarios para llevar a cabo dicha reasignación, si se produjera una alteración de los precios relativos (por ejemplo, un aumento de los precios de los SMS, con relación a los de las llamadas de voz).

Sin embargo, el Consejo de la CNC señala que lo relevante a la hora de definir los mercados es identificar las presiones competitivas a que se ve enfrentado el productor de un producto o servicio. En este sentido, el Consejo de la CNC estima que, si «se trata de identificar las presiones competitivas que enfrentan los productores de SMS y MMS, es poco probable que los mismos operadores que los proveen constituyan una restricción competitiva creíble y eficaz».

En el ámbito mayorista, como se ha indicado anteriormente, pueden distinguirse dos familias de servicios, los de terminación, por un lado, y los de acceso y originación, por otro.

En lo referente a los servicios mayoristas de terminación, la Dirección de Investigación propuso la definición de seis mercados relevantes, uno por cada red individual de cada operador, para cada uno de los servicios de mensajes (SMS o MMS). La CMT en su informe emitido en el marco del expediente S/0248/10 respalda esta definición, que es además coherente con las decisiones regulatorias.

El argumento para esta definición es la imposibilidad de sustituir la terminación en una red por la terminación en otra o la terminación de un servicio de mensajes, por la de cualquier otro servicio. Es decir, si un cliente del operador A envía un SMS a un cliente del operador B, el operador A, necesariamente, deberá contratar el servicio de terminación de SMS en la red del operador B, sin que pueda sustituirlo por un servicio de terminación en la red de otro operador, o por un servicio de terminación de voz o de MMS en la red del operador B, y ello con independencia de los precios que se fijen.

Las alegaciones de las partes, que propugnan la definición de un solo mercado de terminación para los servicios de voz y mensajes, apoyándose en la supuesta sustituibilidad de estos servicios en el ámbito minorista, re-

sultan, a juicio del Consejo de la CNC, infundadas, partiendo de la base de que no considera que dicha sustituibilidad sea real. El Consejo de la CNC, en definitiva, respalda la definición propuesta por la Dirección de Investigación.

En lo referente a los servicios mayoristas de acceso y originación, la Dirección de Investigación propuso la definición de dos mercados relevantes, uno para cada tipo de servicio de mensajería (SMS o MMS). Por el contrario, el informe de la CMT emitido en el marco del expediente S/0248/10 y las alegaciones de TELEFÓNICA, VODAFONE y ORANGE apuntan a la existencia de un único mercado mayorista de acceso y originación para todos los servicios de telefonía móvil (mensajes, voz y datos).

En particular, la CMT argumentaba que la definición del mercado relevante que realizó en la resolución que abrió el mercado de servicios mayoristas de telefonía móvil, incluyendo todos los servicios de acceso y originación en dicho mercado, tuvo un impacto sustancial en la forma de configurar esos servicios. Así, los acuerdos entre los OMV y los OMR incluyen la totalidad de los servicios mayoristas de acceso y originación.

El Consejo de la CNC, señala, de forma análoga a lo razonado con relación a los servicios minoristas, que el conjunto de servicios mayoristas que debe tomarse como el punto de partida, al efectuar el análisis de estos mercados, es el de acceso y originación de mensajes cortos a terceros operadores. El Consejo de la CNC señala también que puede haber cierta sustituibilidad de oferta entre unos servicios mayoristas y otros, en la medida en que los OMR tienen la capacidad técnica y económica para reasignar sus capacidades productivas entre ellos.

No obstante, como recuerda el Consejo de la CNC, el hecho de que sean los mismos operadores los que poseen esta capacidad y de que no se pueda optar en ningún caso por operadores diferentes para la prestación de uno y otro servicio determina que esta sustituibilidad de oferta no sea una restricción competitiva significativa. De esta forma las condiciones en que se comercializan los servicios mayoristas de acceso y originación de mensajes cortos no se ven sustancialmente alteradas por las condiciones en que se comercializan los servicios mayoristas de acceso y originación de llamadas de voz.

En todo caso, el Consejo de la CNC viene a concluir que el análisis respecto a la existencia de posición de dominio conjunta en los mercados relevantes no se vería alterado por la consideración de un mercado distinto, para cada tipo de servicio, frente a la definición de un mercado único, para el conjunto de servicios mayoristas de acceso y originación.

C. EL ANÁLISIS DE LAS POSICIONES DE DOMINIO

En el informe propuesta elevado al Consejo de la CNC, la Dirección de Investigación afirmaba que cada uno de estos operadores disponía de una

posición de dominio individual en los respectivos mercados mayoristas de terminación de mensajes en cada una de sus redes. Asimismo, consideraba que se cumplían los criterios de la doctrina para declarar que TELEFÓNICA, VODAFONE y ORANGE detentaban una posición de dominio colectiva en los mercados minoristas relevantes y en los mercados mayoristas de acceso y originación de mensajes cortos.

Con relación a cada uno de los mercados mayoristas de terminación de SMS o MMS en las redes de los operadores, el Consejo de la CNC respalda la conclusión de existencia de posiciones de dominio individuales¹⁶ alcanzada por la Dirección de Investigación y coincidente, además, con el informe de la CMT. El Consejo de la CNC considera acreditado que en cada uno de los mercados de terminación el OMR titular de la red dispone del monopolio de un servicio esencial (el servicio de terminación) sin que haya posibilidad de sustitución.

La principal alegación de las partes hace referencia a la posible constricción competitiva que puede derivar del hecho de que los operadores, monopolistas en sus mercados de terminación, sean a su vez demandantes de servicios de terminación en las redes de otros operadores, con los que están obligados a interconectar sus redes. En este contexto, en opinión de las partes, la necesidad de negociar bilateralmente los precios moderaría el poder monopólico de cada operador.

Sin embargo, el Consejo de la CNC considera que dicho poder moderador es muy limitado y apunta, principalmente, a los escasos incentivos que tienen los operadores, incluso cuando su peso económico es de un orden de magnitud similar (como en el caso de TELEFÓNICA, VODAFONE y ORANGE) a presionarse mutuamente para obtener precios más reducidos. Por un lado, ningún operador tiene incentivo a reducir unilateralmente sus precios de terminación, puesto que, en un sistema en el que el cliente que llama paga, con ello sólo consigue reducir los costes para su competidor. Por otro lado, los operadores tampoco tienen incentivo a ofrecer reducciones de precios de terminación a cambio de costes más reducidos por terminar las llamadas en la red de sus competidores. La reducción de costes que podrían obtener se compensaría con una reducción de sus ingresos mayoristas, dada la simetría de tráfico existente. Además, en la medida en que todos los operadores se enfrentan a costes de terminación elevados, pueden repercutirlos en los precios minoristas sin que ello altere sus posiciones competitivas relativas.

En definitiva, puesto que los operadores disponen de posiciones de monopolio en sus respectivas redes y el poder compensador de la demanda es muy limitado, se dan los rasgos estructurales necesarios para considerar que TELEFÓNICA, VODAFONE y ORANGE tienen posiciones de dominio individuales en sus respectivos mercados de terminación de mensajes.

¹⁶ Véase el fundamento de derecho 7.º de la Resolución.

Con relación a los mercados mayoristas de acceso y originación, el Consejo de la CNC considera que TELEFÓNICA, VODAFONE y ORANGE mantienen una posición de dominio colectiva. Esta conclusión se apoya en la acreditación, por parte del órgano instructor, de los elementos estructurales que, de acuerdo con la mejor doctrina¹⁷, se requieren para que los operadores tengan el incentivo y la capacidad de alinear sus comportamientos en detrimento del funcionamiento competitivo del mercado.

Estos elementos estructurales son la existencia de un interés común para mantener políticas comerciales o conductas coordinadas; una transparencia suficiente en el mercado que permita a los agentes verificar que se está siguiendo la conducta coordinada; la sostenibilidad del comportamiento coordinado, bien por la existencia de fuertes incentivos para mantenerlo o, complementariamente, por la posibilidad de aplicar mecanismos de represalia en caso de que se detecten desviaciones, y la insuficiencia de las restricciones competitivas (derivadas de la presión de competidores alternativos o del poder compensatorio de la demanda) para evitar esta coordinación de conductas.

La Resolución considera que la dominancia colectiva de TELEFÓNICA, VODAFONE y ORANGE tiene su base en el control que estos tres operadores ejercen sobre el uso del espectro radioeléctrico, una «instalación esencial» para operar en los mercados minoristas de telefonía móvil. Este control no se ve amenazado por la entrada de Yoigo en el mercado, ni por la existencia de los OMV, que no suponen una restricción competitiva relevante. En el primer caso, porque Yoigo, durante todo el periodo de análisis, carece de cobertura, mediante red propia, en todo el territorio español y, por tanto, continúa precisando de los servicios de itinerancia nacional proporcionados por otros operadores para ofrecer sus productos. En el segundo, porque el Consejo considera, en línea con la CMT, que TELEFÓNICA, VODAFONE y ORANGE tienen escasos incentivos a competir agresivamente por la captación de OMV, puesto que «la ganancia que les reporta competir y captar clientes en el mercado mayorista a precios competitivos no habría compensado el perjuicio que podría generarles que los OMV accedieran, gracias a estos precios competitivos, al mercado minorista».

Como se deduce de lo anterior, el Consejo de la CNC considera que TELEFÓNICA, VODAFONE y ORANGE tienen incentivos significativos para alinear sus conductas en los mercados de acceso y originación, aplicando precios elevados a los OMV. De esta forma, como señala el Consejo de la CNC «incrementan sus propios ingresos al tiempo que provocan un aumento de los costes de sus competidores en todos los servicios minoristas que conllevan la prestación de servicios mayoristas de originación», entre ellos, en los de mensajes cortos.

¹⁷ La Resolución del Consejo de la CNC cita la Sentencia de 12 de enero de 2009 de la Audiencia Nacional, que a su vez contiene referencias a la jurisprudencia comunitaria (asuntos *Gencor*; *Compagnie Maritime Belge*, y *Airtours*); la Sentencia de 13 de julio de 2006 del Tribunal de Primera Instancia (caso *Impala*), confirmada por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de julio de 2008, así como el anexo II de la Directiva Marco que, apoyándose en la jurisprudencia comunitaria, ha recogido criterios para valorar la existencia de poder significativo de mercado colectivo en el ámbito de las comunicaciones electrónicas.

El Consejo de la CNC también considera que se dan los elementos de transparencia necesarios para facilitar la sostenibilidad de la conducta coordinada en este mercado. En particular, se conoce en el sector cuál es el OMR anfitrión de cada OMV, de forma que si uno de ellos hiciera ofertas de precios mayoristas agresivas y atrajera a nuevos OMV, se detectaría con facilidad. Además, el hecho de que los OMV puedan negociar con los tres OMR facilita el conocimiento recíproco de sus ofertas mayoristas a través de las revelaciones que pueden hacer los propios OMV durante el proceso de negociación. Finalmente, la política de los OMV en los mercados minoristas es también un indicador relevante de las condiciones de que disfrutaban en los servicios mayoristas.

En lo que se refiere a la posibilidad de aplicar represalias si se detectan desviaciones respecto al comportamiento alineado, el Consejo de la CNC recuerda los argumentos que proporcionó al respecto la Dirección de Investigación en su informe propuesta, relativos a la capacidad de reaccionar tanto en el mercado mayorista de acceso y originación, como en cualquier otro de los mercados en los que compiten TELEFÓNICA, VODAFONE y ORANGE. En todo caso, el Consejo de la CNC considera que la necesidad de aplicar estas eventuales represalias es remota, puesto que los tres operadores tienen fuertes incentivos a mantener políticas alineadas, consistentes en la fijación de precios elevados de originación, con el fin de debilitar la presión competitiva de los OMV en los mercados minoristas.

En definitiva, el Consejo de la CNC considera que se dan los elementos estructurales necesarios para declarar que TELEFÓNICA, VODAFONE y ORANGE disfrutaban de una posición de dominio colectiva en los mercados mayoristas de acceso y originación y que es en este marco en el que debe valorarse su conducta.

Por lo que se refiere a la eventual dominancia colectiva en los mercados minoristas, hay que decir que la Resolución no se pronuncia al respecto. En efecto, como se ha señalado al resumir las conclusiones relativas a la definición de los mercados relevantes, el Consejo de la CNC considera que en el análisis del presente caso, no es en el ámbito minorista donde procede identificar la existencia de posiciones de dominio.

D. LA CONDUCTA ABUSIVA DE PRECIOS EXCESIVOS

El Consejo de la CNC recuerda que la doctrina comunitaria¹⁸ establece que cuando una empresa que disfruta de una posición de dominio aplica precios que no guardan relación razonable con el valor económico real de los bienes o servicios que suministran, dichos precios deben considerarse

¹⁸ El Consejo de la CNC recuerda los precedentes comunitarios, citados por la Dirección de Investigación en su informe propuesta, y se apoya especialmente en las sentencias del Tribunal de Justicia de la UE en los asuntos de *British Leyland* y de *United Brands*.

En el ámbito nacional, el Consejo de la CNC recuerda su resolución de 12 de febrero de 2008 en el caso 626/07, *Canarias Explosivos*. Disponible en http://www.cncompetencia.es/Inicio/GestionDocumental/tabid/76/Default.aspx?EntryId=197509&Command=Core_Download&Method=attachment.

excesivos. Frente a la alegación de las partes de que no se habría acreditado la existencia de precios abusivos por excesivos, el Consejo de la CNC afirma que se ha verificado el cumplimiento de los criterios que contempla la doctrina para constatar el carácter abusivo de la conducta imputada.

En primer lugar, estos criterios requieren determinar que la empresa a la que se imputa la conducta disfruta de una posición de dominio. En caso contrario, un precio elevado no puede considerarse ilícito, puesto que si existen alternativas al alcance de los clientes (o si estas alternativas pueden existir), la presión competitiva en el mercado conducirá por sí misma a una moderación de los precios. Ya se ha analizado cómo, de acuerdo con la resolución del Consejo de la CNC, se cumplen las condiciones estructurales necesarias para determinar que TELEFÓNICA, VODAFONE y ORANGE disfrutaban de una posición de dominio individual en sus respectivos mercados mayoristas de terminación de mensajes cortos y de una posición de dominio colectiva en los mercados mayoristas de acceso y originación.

En segundo lugar, para calificar unos precios como excesivos es necesario disponer de una referencia válida para establecer comparaciones. En particular, apoyándose en el precedente nacional de *Canarias Explosivos* (626/07), el Consejo de la CNC recuerda que existen varias alternativas posibles, principalmente, la comparación con costes y la comparación con otros precios. Además, es necesario que no exista una justificación objetiva para los precios observados, distinta del beneficio que obtiene la empresa apoyándose en su posición de dominio.

Sobre la base de estos criterios y de los hechos probados, el Consejo de la CNC constata el carácter abusivo de los precios de los servicios mayoristas de terminación de mensajes cortos, practicados por cada uno de los operadores en sus respectivas redes. Asimismo, el Consejo de la CNC determina que TELEFÓNICA, VODAFONE y ORANGE alinearon su comportamiento competitivo en el mercado de acceso y originación, siguiendo una estrategia consistente con su conducta abusiva en los mercados mayoristas de terminación de mensajes cortos.

Para llegar a estas conclusiones, la Resolución utiliza como referencia principal el análisis de los ingresos medios y de los costes de cada uno de los operadores. Emplea para ello la contabilidad de costes regulada por la CMT, para cada uno de estos operadores.

Conviene, a este respecto, recordar que el deber para TELEFÓNICA, VODAFONE y ORANGE de elaborar y presentar una contabilidad de costes tiene su origen en las distintas resoluciones de la CMT que establecen esta obligación para los operadores con poder significativo de mercado. Las contabilidades de costes reguladas deben ajustarse a los principios, criterios y condiciones que fija la CMT.

Entre los principios aplicables puede destacarse que la CMT opta por un sistema multiestándar de elaboración de la contabilidad de costes. Así, por un lado, los operadores deben proporcionar los costes de cada servicio

calculados conforme a costes históricos totalmente distribuidos, que están basados en los costes registrados en la contabilidad financiera e incluyen la imputación de una rentabilidad al capital propio. Por otro lado, los operadores deben presentar los costes de cada servicio conforme a un estándar de costes corrientes totalmente distribuidos. La diferencia esencial radica en que, conforme a este último estándar, los activos no se valoran según su coste histórico, sino de acuerdo con su coste de reposición, con la tecnología más adecuada y el dimensionamiento óptimo, y se imputan a los servicios en función de su contribución al proceso productivo. Asimismo, los costes operativos se ajustan con criterios de eficiencia. En definitiva, en un sector como el de las telecomunicaciones, sujeto a importantes mejoras tecnológicas que determinan un abaratamiento de las inversiones, el estándar de costes corrientes tiende a proporcionar costes más bajos que el estándar de costes históricos.

Este dato debe tenerse presente al analizar los datos de costes y márgenes recogidos en la Resolución del Consejo de la CNC. Dichos costes y márgenes están calculados conforme al estándar de costes históricos, más favorable para TELEFÓNICA, VODAFONE y ORANGE, en la medida en que proporciona costes más elevados (y, en consecuencia, márgenes menos abultados) que los que hubieran resultado de haberse efectuado los cálculos conforme al estándar de costes corrientes, a pesar de que este último criterio podría considerarse, desde una óptica económica, idóneo para valorar el carácter excesivo o no de los precios.

En la tabla 5 se resumen los principales resultados relativos a márgenes de los servicios recogidos en la Resolución. Se trata de los cálculos efectuados para el conjunto de TELEFÓNICA, VODAFONE y ORANGE.

Tabla 5. Márgenes sobre costes en servicios de telefonía móvil

<i>Márgenes sobre costes</i>	2004	2005	2006	2007	2008	2009
TOTAL SERVICIOS	15	13	3	8	7	9
Servicios mayoristas						
Terminación SMS	384	557	654	531	734	570
Terminación MMS	—	—	—	168	689	922
Originación SMS	—	—	—	—	405	283
Originación MMS	—	—	—	—	—	1.827
Servicios minoristas	—	—	—	—	—	—
SMS nacional	18	12	15	20	14	17
MMS nacional	—	—	—	—	30	30
Mensajes cortos (mayorista+ minorista)	30	25	30	34	34	35

Fuente: Resolución del Consejo de la CNC. Elaborado a partir de la contabilidad de costes de TELEFÓNICA, VODAFONE y ORANGE.

La Resolución recoge, además, un detallado análisis sobre la evolución de tráfico, costes y precios de los servicios de mensajes cortos e información desagregada para cada operador sujeta, en la versión pública, a las lógicas restricciones de confidencialidad.

Asimismo, la Resolución completa el análisis con una comparativa internacional de los precios de los servicios mayoristas y minoristas de mensajes cortos y con una comparativa nacional de los precios de estos servicios, frente a los correspondientes a las llamadas de voz.

Estos análisis complementan los efectuados empleando la contabilidad de costes y dotan de mayor robustez a los resultados y conclusiones alcanzados.

Por lo que se refiere a los precios mayoristas de terminación de mensajes cortos, el Consejo de la CNC estima que «ha quedado acreditada la existencia de un nivel de precios desproporcionado en relación con diferentes términos de comparación y, en particular, los propios costes de prestación del servicio». Esta conclusión se apoya en las evidencias que se resumen a continuación.

En primer lugar, la Resolución constata la estabilidad de los precios del servicio mayorista de terminación a lo largo del periodo analizado. Se trata de un patrón que se repite tanto para SMS como para MMS, que es común a los tres operadores y que viene acompañado por una cierta estabilidad en el precio minorista de los mensajes cortos.

En segundo lugar, esta estabilidad de precios se produjo en un contexto de notable incremento del tráfico. Como señala el Consejo de la CNC, se trata de una actividad con elevados costes fijos, por lo que el incremento de la actividad conlleva una reducción de los costes medios que, sin embargo, no se refleja en los precios. Esta idea se confirma con el análisis de la contabilidad de costes de los tres operadores.

En tercer lugar, como puede comprobarse en la tabla anterior, los precios y costes determinan unos márgenes de los servicios mayoristas de terminación de mensajes cortos muy elevados (con relación, por ejemplo, a la rentabilidad obtenida en el conjunto de servicios de telefonía móvil) y, en general, crecientes en el tiempo. Este resultado es similar, de acuerdo con la resolución, para cada uno de los tres operadores.

En cuarto lugar, las comparativas internacionales de los precios mayoristas de terminación de mensajes cortos y la comparación nacional con los precios mayoristas de terminación de llamadas de voz confirman la consistencia y robustez de los resultados.

Por lo que se refiere al comportamiento de TELEFÓNICA, VODAFONE y ORANGE en los mercados mayoristas de acceso y originación de mensajes cortos, el Consejo de la CNC concluye que los tres operadores tuvieron el incentivo y la capacidad para alinear su comportamiento competitivo y que siguieron, en el periodo de análisis «una estrategia que revela su posición de dominio colectiva, estrategia que resulta consistente con su

conducta abusiva en los mercados mayoristas de servicios de terminación de mensajes cortos».

Esta conclusión se apoya, principalmente, en dos hechos que la Resolución considera acreditados. El primero es que el ingreso medio por acceso y originación de mensajes cortos, para cualquiera de los tres operadores, es elevado con relación al ingreso medio que se puede obtener en el ámbito minorista, lo que puede dificultar la actuación en el mercado de competidores alternativos como los OMV. El segundo es que los márgenes de los servicios mayoristas de acceso y originación son elevados (véase *supra* la tabla 5), conclusión que no se modifica al individualizar los análisis para cada operador.

E. LOS EFECTOS DE LA CONDUCTA ABUSIVA

La Resolución concluye que los precios excesivos practicados por TELEFÓNICA, VODAFONE y ORANGE en sus respectivos mercados mayoristas individuales de terminación de mensajes cortos constituyen un abuso explotativo que despliega sus efectos no solo en el ámbito mayorista, sino también en el minorista.

Así, la fijación de precios excesivos permitió a TELEFÓNICA, VODAFONE y ORANGE obtener beneficios desproporcionados en los mercados de servicios mayoristas de terminación de mensajes cortos, donde son oferentes y disfrutan de posición de dominio. Pero, además, el alto coste de los servicios mayoristas de terminación que marcan estos tres operadores se repercute a los precios minoristas pagados por los consumidores finales. El Consejo de la CNC concluye que los consumidores han pagado unos precios minoristas más elevados que los que hubieran resultado en ausencia de unos precios mayoristas de terminación excesivos.

Adicionalmente, el Consejo de la CNC señala que con su conducta TELEFÓNICA, VODAFONE y ORANGE lograron, al menos de forma temporal, reforzar su poder de mercado y elevar las barreras de entrada a los mercados minoristas. A este respecto, resulta especialmente relevante la conducta observada por los tres operadores en los mercados de originación que refuerza los efectos de la estrategia descrita. Así, los elevados precios de los servicios mayoristas de originación y acceso habrían contribuido a sostener los elevados precios minoristas de los mensajes cortos, reforzando las barreras de entrada y expansión a las que se enfrentan los OMV.

5. CONCLUSIONES

La Resolución del Consejo de la CNC de 19 de diciembre de 2012 en el expediente S/0248/10 es una decisión muy interesante desde múltiples perspectivas.

En primer lugar, aplica dos instrumentos raramente utilizados en el ámbito del Derecho de la competencia: los precios excesivos y la posición de dominio colectiva.

En relación con los precios excesivos, la CNC ha elaborado un análisis muy robusto gracias a la utilización de instrumentos (contabilidad de costes regulada por la CMT) y de elementos de comparación (precios mayoristas de terminación de llamadas móviles regulados y comparaciones internacionales) que están disponibles en la práctica en un número reducido de casos.

Este análisis se centra en valorar el carácter excesivo de los precios y sus efectos perjudiciales sobre la competencia en los mercados mayoristas y minoristas afectados, sin entrar a determinar cuáles deberían ser los precios mayoristas de terminación y de acceso y originación de mensajes cortos a establecer, pues ésta es una función claramente regulatoria que escapa del ámbito de aplicación de la normativa de competencia.

De esta manera, el Consejo de la CNC sanciona una práctica anticompetitiva que persigue la normativa de competencia y que ha afectado al interés público y a un número muy elevado de usuarios, minimizando a su vez la intromisión en la libertad de empresa de los operadores sancionados, al darles margen de actuación para poner fin a las prácticas objeto del expediente.

En segundo lugar, en lo que respecta a la apreciación de la existencia de una posición de dominio colectiva en los mercados mayoristas de acceso y originación de mensajes cortos, hay que resaltar que este análisis no es esencial de cara a la acreditación de las conductas sancionadas.

En particular, el Consejo de la CNC analiza el abuso de esta posición de dominio colectiva como actuación complementaria a partir del año 2006 que es consistente con el carácter abusivo de las conductas de TME, VODAFONE y ORANGE en los mercados mayoristas de terminación de mensajes cortos en el periodo 2000 a 2009. En este sentido, el Consejo de la CNC considera que el abuso de las posiciones de dominio individuales y colectivas forma parte de una única conducta.

Sin embargo, desde el punto de vista del efecto disuasorio de la normativa de competencia, resulta muy relevante que el Consejo de la CNC haya considerado acreditada la existencia de una posición de dominio colectiva en los mercados mayoristas de acceso y originación de mensajes cortos, puesto que envía un aviso muy significativo a TME, VODAFONE y ORANGE de que se deben abstener de adoptar conductas restrictivas de la competencia en los mercados de acceso y originación de servicios móviles para no infringir la normativa de competencia, como consecuencia de la especial responsabilidad que deriva de su posición de dominio colectiva.

En relación con esta cuestión, el hecho de que los mensajes cortos del sector de telefonía móvil estén actualmente en declive, aunque siguen generando volúmenes de negocio muy significativos, no priva de efecto útil

a la Resolución del Consejo de la CNC de 19 de diciembre de 2012 en el expediente S/0248/10, pues clarifica los límites que deben evitar traspasar TME, VODAFONE y ORANGE en el sector de la telefonía móvil.

Por último, este expediente es un ejemplo práctico que pone de manifiesto la complementariedad entre la aplicación de la regulación *ex ante* en el sector de las comunicaciones electrónicas y la normativa de competencia.

Así, en ausencia del desarrollo de una regulación *ex ante* en relación con los mensajes cortos del sector de la telefonía móvil, la Resolución del Consejo de la CNC ha servido para sancionar y poner fin prácticas anticompetitivas que buscaban obtener un beneficio extraordinario en los mercados mayoristas de mensajes cortos que, a su vez, sostenían los precios minoristas de estos mensajes cortos y elevaban las barreras a la entrada de los OMV limitando su capacidad para competir.

Además, la existencia de contabilidades de costes reguladas de TELEFÓNICA, VODAFONE y ORANGE, derivada de las obligaciones regulatorias impuestas por la CMT ha sido un instrumento importante para reforzar el rigor de los análisis cuantitativos efectuados por la CNC en el marco del presente expediente y dotar a los resultados de mayor robustez.

Esta complementariedad se ve reforzada con la reciente creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, que integra funciones regulatorias en los ámbitos de las industrias de red (incluida la de las telecomunicaciones) con la aplicación de la normativa de defensa de la competencia, enfrentándose al reto de potenciar esta sinergia para impulsar un funcionamiento más eficiente de los mercados.

CUESTIONES ACTUALES SOBRE LAS AYUDAS DE ESTADO A LOS CLUBES DE FÚTBOL. PROPUESTAS DE SOLUCIÓN JURÍDICA A ALGUNOS SUPUESTOS CONTROVERTIDOS

Luis BERENGUER FUSTER

Ex Presidente de la CNC
Senior Advisor Broseta Abogados

Nuria ARENAS MONTAÑANA

Asociada de Broseta Abogados

1. INTRODUCCIÓN. LA APLICACIÓN DE LA NORMATIVA SOBRE AYUDAS DE ESTADO A LOS CLUBES DE FÚTBOL

El pasado día 21 de marzo de 2012, el Vicepresidente de la Comisión Europea, D. Joaquín Almunia, y el Presidente de la Unión de Asociaciones Europeas de Fútbol (UEFA), D. Michel Platini, firmaron una declaración conjunta (en adelante, la «Declaración Conjunta») con la intención de hacer pública la posición común de ambas entidades respecto a determinadas prácticas financieras de los clubes de fútbol, y a la posibilidad de que algunas de ellas puedan llegar a constituir ayudas de Estado desde la perspectiva del Derecho de la competencia.

En la carta de acompañamiento a dicha Declaración Conjunta, remitida al Presidente de la UEFA el mismo día 21 de marzo de 2012 por el Vicepresidente de la Comisión Europea, este último expresaba su preocupación por el comportamiento financiero de algunos clubes (al abonar precios de transferencia y salarios de jugadores excesivos) y la necesidad de mantener la consistencia entre las normas financieras futbolísticas («UEFA Financial Fair Play Regulation», en adelante el Reglamento FFP) y las normas sobre ayudas de Estado.

Con posterioridad, en octubre de 2012, la Comisión se interesó por esta cuestión y remitió una carta¹ a todos los Estados miembros en la que solicitaba información sobre posibles ayudas estatales a los clubes de fútbol

¹ Asunto SA29424 ex CP288/2009.

profesional. Desde entonces las noticias sobre posibles investigaciones de diversos equipos no han cesado.

Así dicha Declaración Conjunta, lejos de servir para frenar ciertas conductas o disipar dudas, ha favorecido la apertura de más asuntos e investigaciones por parte de la Comisión Europea dirigidas a este colectivo.

La Declaración Conjunta toma como base y alude directamente al Reglamento FFP, el cual se adoptó a principios de septiembre de 2009 por el Panel de Control Financiero de la UEFA, con el ánimo de impedir que los clubes profesionales de fútbol gasten más de lo que ingresan y para tratar de evitar problemas financieros que puedan amenazar su supervivencia a largo plazo.

Este Reglamento se introdujo en un momento de preocupación por el elevado gasto de un número de clubes profesionales de toda Europa, y para reducir desigualdades entre los clubes más ricos y otros cuyo modelo de negocio es más sostenible. Estas normas, que se aplicaron por primera vez en la temporada 2011-2012, prevén sanciones contra clubes que no se ajusten a un marco presupuestario determinado tales como la descalificación de competiciones europeas, multas, la retención del dinero de los premios o la prohibición de traspasos de jugadores.

Tanto el Reglamento FFP como la Declaración Conjunta se basan en el principio de que los clubes deben ser capaces de sobrevivir con sus propios recursos; esto es, que sus ingresos deben cubrir sus gastos. Se trata de un principio básico que se aplica a cualquier empresa por el cual ningún negocio es capaz de subsistir en el tiempo si continuamente gasta más de lo que ingresa o espera ingresar. Asimismo ambas disposiciones pretenden equiparar el tratamiento que reciba este sector y las deudas contraídas en el mismo, a las de cualquier otra actividad (deudas entre clubes, empleados-jugadores, Hacienda, Seguridad Social, etc.).

También se equipara a los clubes profesionales con cualquier otra empresa en lo que respecta a las ayudas de Estado, con el fin de fomentar que los equipos compitan al mismo nivel, en igualdad de condiciones, sin ninguna intervención financiera adicional por parte de los poderes públicos.

En efecto, la normativa de ayudas de Estado y en particular el art. 107.1 TFUE establece 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». Por tanto el art. 107.1 TFUE prohíbe cualquier medida que reúna las siguientes condiciones:

- Que exista una ventaja selectiva a favor de ciertas empresas o la producción de ciertos bienes.
- Que exista transferencia de recursos o fondos públicos.

- Que distorsione o amenace con distorsionar la competencia.
- Que afecte al comercio entre los Estados miembros.

A este respecto, tanto la Comisión Europea² como el Tribunal de Justicia³ han entendido que lo dispuesto en el art. 107.1 TFUE también resulta de aplicación a los clubes de fútbol profesionales, dado que ejercen *actividades económicas*⁴, con independencia de la forma jurídica que adopten (sociedades, fundaciones, etc.).

No se cuestiona hoy en día el impacto de estas actividades en el mercado común ni la existencia de un mercado económico. Todo lo contrario, puesto que, en primer lugar, cada club de fútbol es un participante potencial en los torneos europeos; adicionalmente porque desarrollan otras actividades en diversos mercados, más allá de la mera competición, tales como traspasos de jugadores, publicidad y patrocinio, *merchandising*, o retransmisiones y derechos de emisión. De este modo, las ayudas públicas a los clubes de fútbol pueden fortalecer su posición en estos otros mercados que afectan claramente a los Estados miembros.

Por todo ello, si con recursos o fondos públicos se confiere una ventaja selectiva a un club de fútbol profesional, con independencia de la liga en la que juegue, esta ayuda puede distorsionar la competencia y *afectar al comercio entre los Estados miembros* en el sentido del art. 107.1 TFUE; incluso si el destinatario de las mismas fueran clubes que no participan en competiciones europeas ya que pueden obtener ingresos por el traspaso o venta de jugadores a otros clubes de otras nacionalidades o de otras competiciones.

Por tanto, dado que los clubes de fútbol profesionales ejercen actividades económicas y la obtención de fondos públicos puede constituir una ayuda de Estado, prohibida de conformidad con el art. 107.1 TFUE, la actividad de la Comisión Europea está fijando su atención —si bien de momento de una forma todavía incipiente— en ciertas conductas habituales en este sector con el fin de determinar la existencia o no de ventajas selectivas otorgadas con fondos públicos.

Por el contrario, cuando los beneficiarios de los fondos públicos son clubes amateurs, la Comisión Europea suele descartar la existencia de ayudas al considerar que éstos no constituyen empresas ni realizan actividades económicas en el sentido del art. 107.1 TFUE⁵.

² State aid SA 33584 (2013/C)(ex 2011/NN), The Netherlands Alleged municipal aid to the professional Dutch football clubs Vitesse, NEC, Willem II, MVV, PSV and FC Den Bosch in 2008-2011, para. 39.

³ Cases C-415/93 (*Bosman*) y C-325/08 (*Olympic Lyonnais*).

⁴ Asunto C-415/93, *Union royale belge des sociétés de football association ASBL contra Jean-Marc Bosman, Royal club liégeois SA contra Jean-Marc Bosman y otros y Union des associations européennes de football (UEFA) contra Jean-Marc Bosman (Bosman)*.

Caso C-519/04P, *David Meca-Medina e Igor Majcen contra Comisión de las Comunidades Europeas*. Véase también caso C-325/08, *Olympique Lyonnais SASP contra Olivier Bernard y Newcastle UFC (Olympic Lyonnais)*.

⁵ State Aid SA 31722 [(C2011) 7287 final], Decisión de la Comisión de 9 de noviembre de 2011, Supporting the Hungarian sport sector via tax benefit scheme, para. 10. White Paper on Sport

Por lo que respecta a las posibles formas de ayuda, cualquier *transferencia de fondos públicos* (esto es, procedentes de autoridades centrales, regionales o locales, o de otros organismos o empresas controlados por el Estado o entes públicos) pueden constituir ayudas estatales. Ello comprende la concesión de beneficios de cualquier forma tales como subvenciones, préstamos en condiciones preferentes, garantías de cualquier clase, aportaciones de capital, pero también otras que supongan una disminución de los ingresos del Estado tales como condonaciones de deudas, reducciones o aplazamientos de pagos de impuestos, así como cualesquiera otras medidas que conlleven recursos públicos.

Finalmente, para determinar la existencia de una *ventaja económica*, con carácter general la Comisión entenderá que ésta no existe, si la financiación otorgada por la entidad pública lo es en unos parámetros que serían aceptables para un inversor privado en condiciones normales de una economía de mercado. Es decir, la Comisión analizará las posibilidades efectivas de que la empresa beneficiaria obtenga recursos financieros equivalentes recurriendo al mercado de capitales de forma que si un inversor privado hubiera actuado de la misma forma, no habría ayuda.

En el ámbito deportivo, encontramos diversas prácticas en las que intervienen los poderes públicos y sobre las que discernir si conllevan o no la concesión de una ayuda de Estado no es una labor inmediata ni evidente. Se trata por el contrario de asuntos controvertidos que habitualmente requieren de un análisis en profundidad por parte de las autoridades de competencia.

Ya existe una amplia práctica decisoria relativa a la financiación pública relacionada con la construcción, gestión y utilización de infraestructuras deportivas (fundamentalmente estadios y pistas de esquí y también museos deportivos) así como en lo que respecta a la formación y creación de canteras. Se trata de una problemática que no es objeto de controversia hoy en día, si bien, puesto que su análisis puede resultar útil para situar el estado de la cuestión, brevemente se resume a continuación.

Por otro lado existen otras cuestiones que actualmente están acaparando la atención de la Comisión Europea, que no se encuentran aún resueltas y las cuales podrían agruparse en torno a las siguientes actuaciones, en las cuales se centra el presente estudio:

- Recalificaciones de terrenos propiedad de los clubes de fútbol.
- Otorgamiento de garantías.
- Aplazamientos en pagos de deudas, cuotas de la Seguridad Social y Hacienda.
- Patrocinios por entidades públicas.
- Otros: ayudas a la reestructuración.

2. ANTECEDENTES. REVISIÓN DE CUESTIONES NO CONTROVERTIDAS ACTUALMENTE

En la mencionada Declaración Conjunta se puso de manifiesto que siendo uno de los principios fundamentales que deben regir la gestión de los clubes de fútbol profesional, el de cubrir los gastos («*break even*»), existen ciertas categorías de gasto en las cuales quiebra este principio: uno de ellos es el desarrollo de las infraestructuras deportivas y el otro la formación.

Por tanto, se muestra mayor flexibilidad en las actuaciones públicas en este ámbito, como excepción al criterio general. La Comisión Europea⁶ es consciente del «papel social» que dichas actuaciones desempeñan así como de la baja rentabilidad que se obtiene con las mismas, admitiendo en múltiples ocasiones la intervención pública para su financiación.

Esta actuación se enmarca también en el ámbito del art. 165 TFUE y de la Declaración de Ámsterdam sobre Deporte que recoge que la Unión debe contribuir a la promoción del deporte como objetivo de la política de interés común.

Tal es el grado de aceptación actual del papel social del deporte y de ciertas actuaciones relacionadas con él que las instituciones europeas se encuentran actualmente en un proceso de aprobación de normas que declaren la compatibilidad de la financiación pública⁷ y por tanto faciliten la misma.

A. CONSTRUCCIÓN, GESTIÓN, UTILIZACIÓN Y EXPLOTACIÓN DE INFRAESTRUCTURAS DEPORTIVAS (ESTADIOS)

La posición general de la Comisión Europea⁸ en relación con la financiación de infraestructuras con fondos públicos, puede resumirse en que tiene cabida, de acuerdo con el ordenamiento europeo, siempre que las infraestructuras sean susceptibles de *beneficiar a un conjunto de la población*. La razón que motiva la ejecución es indiferente, siempre que lo hagan en beneficio de una colectividad en su conjunto. Por el contrario, si tales infraestructuras o servicios son útiles solo para una empresa privada, esta debe asumir la financiación.

⁶ Ayuda de Estado SA 33618, Decisión de la Comisión de 21 de marzo de 2012 relativa a Uppsala arena, Suecia.

⁷ Reglamento UE 733/2013 del Consejo de 22 de julio de 2013 por el que se modifica el Reglamento (CE) 994/98 sobre la aplicación de los arts. 92 y 93 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea a determinadas categorías de ayudas estatales horizontales, párrafo 11: «Sobre la base de la experiencia adquirida, pueden establecerse condiciones claras de compatibilidad, con el fin de garantizar que la ayuda al deporte no da lugar a ningún falseamiento de la competencia significativo».

Asimismo, la Comisión ha elaborado un borrador de Reglamento por el que se declaran determinadas categorías de ayudas compatibles con el mercado interior en aplicación de los arts. 107 y 108 del Tratado (RGEC II).

⁸ Ayuda de Estado (2003/227/CE), Decisión de la Comisión de 2 de agosto de 2002 relativa a diversas medidas y a la ayuda estatal ejecutada por España a favor del parque temático «Terra Mítica, S. A.», Benidorm (Alicante).

Si la infraestructura tiene como finalidad la realización de actividades comerciales su financiación puede constituir una ayuda de Estado si cumple con los requisitos establecidos en el art. 107 TFUE⁹. En tal caso, la ayuda puede llegar a otorgarse a diferentes niveles y a uno o a varios de los siguientes agentes: i) al propietario de la infraestructura, es decir al que la construye, proporciona el acceso a la misma y recibe un alquiler por el uso; ii) al gestor u operador, que mantiene y explota la infraestructura y recibe ingresos procedentes de los usuarios, y iii) al usuario, que normalmente abona los importes por el alquiler y uso del mismo.

La Comisión considera que la explotación de una infraestructura utilizada por un equipo profesional constituye una actividad económica y su financiación por el Estado o con recursos públicos está sujeta al control de las ayudas de Estado¹⁰. Asimismo estarán sujetos a este control los recursos públicos que se otorguen a la construcción de la misma. En la medida en que el usuario sea un club deportivo profesional, tendrá la consideración de empresa desde la perspectiva del Derecho de la competencia y por ello también quedará sujeto al control de ayudas de Estado.

Por otro lado como se ha expuesto, la Comisión Europea¹¹ es consciente del «papel social» que las infraestructuras públicas deportivas desempeñan así como de la baja rentabilidad que se obtiene con dichas inversiones, admitiendo en múltiples ocasiones la intervención pública para la financiación de la construcción y para su gestión. Así, se ha venido refiriendo en algunas decisiones a que la construcción de lugares deportivos y otros eventos públicos e igualmente el apoyo a diferentes actividades que benefician al público en general pueden ser consideradas responsabilidad del Estado.

En concreto han sido diversos los pronunciamientos de la Comisión sobre la existencia o no de ayudas públicas en la construcción, gestión y utilización de instalaciones deportivas. En marzo de 2012, la Comisión inició dos investigaciones formales relativas a la financiación pública de espacios multifuncionales, uno en Uppsala (Suecia)¹² y otra en Copenhague (Dinamarca)¹³. Las investigaciones concluyeron en marzo de 2013 con decisiones positivas. En ambos casos, la financiación pública constituía una ayuda de Estado y fueron objeto de una evaluación detallada tras la cual se decidió que las ayudas eran compatibles en virtud del art. 107.3.c) TFUE.

⁹ Sentencia de 19 de diciembre de 2012, case C-288/11, *Leipzig-Halle vs. Commission*.

¹⁰ Decisión de la Comisión de 9 de noviembre de 2011 [(C2011)7287 final], SA31722, Hungary, Supporting the Hungarian sport sector via tax benefit scheme, para. 73.

¹¹ Ayuda de Estado SA 33618, Decisión de la Comisión de 21 de marzo de 2012 relativa a Uppsala arena, Suecia.

¹² Decisión de la Comisión de 21 de marzo de 2012, Ayuda de Estado SA 33618 relativa a Uppsala arena, Suecia.

¹³ Decisión de la Comisión de 21 de marzo de 2012, Ayuda de Estado SA 33728 relativa a un «Multiarena», Copenhague.

Además, la Comisión concluyó en marzo de 2013 su evaluación respecto a la financiación de otros dos estadios¹⁴, esta vez en Alemania, adoptando también decisiones positivas.

Se trata de una materia muy casuística en la que cada asunto reúne unas particularidades propias y en la que es previsible que la Comisión realice un análisis detallado del particular antes de tomar la decisión. Si bien, de los variados antecedentes¹⁵ existe ya en la actualidad un cuerpo sustancial de la práctica decisional que indica cómo este tipo de proyectos son evaluados por la Comisión y que justifica la financiación pública cuando:

- Hay una necesidad de capacidad adicional para los deportes o eventos culturales o los nuevos estadios son complementarios a las instalaciones existentes.
- No existe una alternativa práctica a la construcción de un nuevo estadio para el propósito de aumentar el número de eventos (deportivos y culturales) que pueda tener lugar en una determinada área o para el propósito de aumentar el número de espectadores.
- La cofinanciación pública se limita a lo estrictamente necesario para el proyecto a realizar.
- Los estadios son multifuncionales y accesibles a todo usuario en condiciones no discriminatorias.
- El efecto sobre el comercio y la competencia es limitado por mantener los proyectos de un tamaño apropiado para la zona o se encuentra lejos de las fronteras internacionales.
- Además, es poco probable que la Comisión autorice ayudas excesivas a la inversión o cualquier ayuda de funcionamiento. Por tanto, realizará una evaluación detallada para excluir la financiación que puede ser demasiado distorsionante.

Esta práctica decisoria de la Comisión ha ido decantando en una serie de normas o parámetros de compatibilidad, que han sido recogidos en la propuesta de Reglamento de la Comisión por el que se declaran determinadas categorías de ayudas compatibles con el mercado interior en aplicación de los arts. 107 y 108 del Tratado (RGEC II)¹⁶ que dedica el art. 7 a las infraestructuras deportivas y recreativas multifuncionales y prevé las

¹⁴ Decisión de la Comisión de 20 de marzo de 2013, Ayuda de Estado SA 35135, «Stadt Erfurt Alemania», y Decisión de la Comisión de 20 de marzo de 2013- Ayuda de Estado SA 35440, «Stadt Jena Alemania».

¹⁵ Decisión de la Comisión de 6 de abril de 2005, Ayuda N. 555/2004, Medidas a favor de los clubes deportivos: baloncesto Omniworld Almere y Volleyball Omniworld Almere; Decisión de 21 de octubre de 2008, Ayuda C4/2008, Caso Ahoy; Decisión de la Comisión 9 de noviembre de 2011, Ayuda SA 31722: Beneficios fiscales al deporte en Hungría; Decisión de la Comisión de 21 de marzo de 2012, Ayuda N. SA 33618, Uppsala arena Suecia; Decisión de la Comisión de 21 de marzo de 2012, Ayuda N. SA 33728, Multiarena Copenhague; Declaración conjunta Comisión Europea y UEFA de 21 de marzo de 2012; Decisión de la Comisión de 7 de agosto de 2012, Ayuda N. SA 34890, Nürburgring; Decisión de la Comisión de 6 de marzo de 2013, Ayuda SA 33584: Ayuda a los equipos holandeses de fútbol profesional (Vitesse, NEC, Willem II, MVV, PSV, FC Den Bosch); Decisión de la Comisión de 20 de marzo de 2013, Ayuda SA 35135, Stadt Erfurt Alemania; Decisión de la Comisión de 20 de marzo de 2013, Ayuda SA 35440, Stadt Jena Alemania.

¹⁶ http://ec.europa.eu/competition/consultations/2013_second_gber/draft_regulation_es.pdf.

siguientes reglas para declarar la compatibilidad y la exención de notificación de las ayudas a la construcción o mejora de infraestructuras deportivas y recreativas multifuncionales siempre que la ayuda a otorgar no exceda de 15 millones de euros ni el coste total del proyecto supere los 30 millones de euros:

- Las infraestructuras deportivas objeto de ayuda deberán consistir en instalaciones destinadas a la práctica del deporte al menos en un 80 por 100 de su capacidad. Las infraestructuras no serán para uso exclusivo de un único usuario deportivo profesional y deberán destinar anualmente al menos un 20 por 100 de su capacidad a otros usuarios deportivos profesionales o no profesionales.
- Las infraestructuras recreativas multifuncionales objeto de ayuda consistirán en instalaciones recreativas de carácter multifuncional que ofrezcan servicios culturales y recreativos, a excepción de los parques de atracciones y las instalaciones hoteleras. El acceso a las infraestructuras estará abierto a varios usuarios.
- El acceso a las infraestructuras deportivas o recreativas multifuncionales se concederá sobre una base transparente y no discriminatoria. Las empresas que hayan financiado al menos un 50 por 100 de los costes de inversión de la infraestructura podrán beneficiarse de acceso preferente, siempre que este sea de duración limitada, no superior a la amortización de la inversión, y se hagan públicas las condiciones del acceso preferente.
- En el caso de los usuarios de infraestructuras deportivas que sean clubes deportivos profesionales, los Estados miembros deberán velar por que el régimen de precios por la utilización de las mismas por otros clubes sea comparable sobre la base de un registro.
- Cualquier concesión u otro tipo de atribución a terceros para construir, mejorar y/o explotar una infraestructura deportiva o recreativa multifuncional se realizará sobre una base transparente y no discriminatoria, teniendo debidamente en cuenta las normas de contratación pública aplicables.
- Serán subvencionables los costes de inversión en activos materiales o inmateriales y los costes de explotación relacionados con la infraestructura deportiva o recreativa multifuncional durante el periodo de referencia, que es el periodo de amortización.
- Las ayudas no podrán superar el déficit de financiación estimado del proyecto y la intensidad máxima de ayuda no deberá exceder del 75 por 100 de los costes subvencionables.

B. CREACIÓN DE MUSEOS DEL FÚTBOL

La Comisión Europea tuvo ocasión de pronunciarse sobre la existencia de ayudas de Estado en la creación de un museo del fútbol en *Dortmund*¹⁷

¹⁷ State Aid N158/2010, Germany, Fußballmuseum Dortmund. 21 de septiembre de 2010.

(Alemania). En concreto, el proyecto de construcción y mantenimiento del museo se realizaba en cooperación entre la ciudad de Dortmund y la asociación de fútbol alemana (DFB). Del importe total de la inversión (29,88 millones de euros) la región de «North-Rhine Westfalia» contribuía con 18,5 millones de euros y la ciudad de Dortmund, con 3,23 millones de euros, ambos en forma de subvención directa.

El beneficiario de la medida era la Fundación del Museo DFB; esta fundación se comprometió a separar las actividades económicas de las no económicas en su financiación y en sus cuentas anuales al objeto de que no hubiera transmisión de fondos públicos procedentes de actividades no económicas (p. ej., museo) a las actividades económicas (restaurante, tienda); asimismo en caso de que estas últimas se operaran por un operador externo pagarían un alquiler por la utilización del recinto, en condiciones de mercado.

La Comisión Europea consideró en este asunto que la actividad consistente en la exposición de bienes de interés cultural a cambio de un precio por la entrada es una actividad económica que no queda excluida de las normas de ayudas de Estado, por lo que la transferencia de recursos públicos para apoyar un museo puede distorsionar la competencia. Además, puso de manifiesto que esta actividad entraba en concurrencia no solo con otros museos futbolísticos, sino también con otras actividades lúdicas tales como los parques de atracciones. Tampoco descartaba que atrajera turismo exterior dado el interés que podía generar este museo en visitantes de otros Estados miembros.

Asimismo la Comisión puso de relieve que los equipos de fútbol profesional pueden estar muy vinculados a sus patrocinadores, cuyos nombres aparecen en camisetas y otros materiales que se mostrarían en el museo, por lo que la financiación del museo podría conllevar una ayuda indirecta, en la forma de publicidad adicional, a las empresas patrocinadoras.

En el otro lado de la balanza, se reconocía que Dortmund es una gran ciudad, ampliamente visitada por negocios u otras razones y que la ayuda otorgada al museo parece difícil que afectase a los intercambios del comercio de la misma forma que podría suceder con museos de gran prestigio que exponen muestras de importancia internacional¹⁸, que bien podrían organizarse en otros museos internacionales de otros Estados miembros.

La Comisión tuvo en cuenta en su Decisión otros pronunciamientos previos que afectaban a museos¹⁹ y concluyó que era difícil determinar si la misma distorsiona o no la competencia y si afectaba al comercio entre Estados miembros, si bien, en caso de que distorsionara la competencia, sería de una forma muy limitada.

¹⁸ State Aid NN50/2007, Austrian museums.

¹⁹ State Aid N632/2003, Local Museums Sardinia y NN136a/2002, Ecomuseé Alsacia. State Aid N100/2003, Aid to wine sector in Sicily.

Así, no se pronuncia sobre si la medida constituye o no ayuda, puesto que, de cualquier forma, la considera compatible ya que tiene por objeto preservar el patrimonio cultural sobre la historia del fútbol alemán con propósito cultural, de estudio, educación y entretenimiento.

C. FORMACIÓN Y DESARROLLO SOCIAL (*CANTERAS*)

La Comisión Europea se ha mostrado tradicionalmente a favor de fomentar la formación en cualquier sector, dados los efectos externos positivos que conlleva para la sociedad: como instrumento para mejorar el capital humano²⁰ y como elemento esencial para la constitución, adquisición y difusión del conocimiento, un bien público de importancia fundamental²¹.

En el ámbito de los clubes de fútbol profesional, las acciones formativas dirigidas a jóvenes, así como el desarrollo social y de la comunidad se citan como otra de las excepciones al principio de «*break even*» establecido en el Reglamento FFP, así como una de las actuaciones en las que la Comisión se manifiesta más permisiva en materia del control de fondos públicos, tal y como reconoce en la Declaración Conjunta referida al inicio del presente estudio.

Asimismo la Comisión tuvo ocasión de pronunciarse al respecto en el asunto de los *clubes de fútbol profesionales franceses*²², en el que decidió no plantear objeciones al régimen notificado por Francia, por entender que no existía ayuda de Estado. La medida notificada pretendía otorgar subvenciones de hasta 2,3 millones de euros, a cada uno de los clubes de fútbol profesionales que contasen con centros formativos para jóvenes, autorizados por el Estado. Podrían optar a estos fondos no solo los equipos de fútbol sino también de baloncesto, rugby y voleibol. Con este tipo de educación se pretendía proporcionar a los jóvenes una educación compatible con su dedicación y entrenamiento que les permitiera integrarse en el mercado laboral y conseguir un trabajo en caso de que finalmente abandonen la carrera deportiva.

En la medida en que la financiación no excedía de la necesaria y no se destinaba a otras actividades económicas (manteniendo por ejemplo una contabilidad separada) la Comisión no puso objeciones a la misma, sentando un precedente en este ámbito.

²⁰ Comunicación de la Comisión, Criterios para el análisis de compatibilidad de ayudas estatales de formación sujetas a notificación individual (2009/C 188/01).

²¹ Reglamento (CE) núm. 800/2008 de la Comisión, de 6 de agosto de 2008, por el que se declaran determinadas categorías de ayuda compatibles con el mercado común en aplicación de los arts. 87 y 88 del Tratado (Reglamento general de exención por categorías).

²² *JOCE* C/333/2001 de IP/01/599, de 25 de abril de 2001.

3. CUESTIONES ACTUALMENTE EN CONTROVERSIDAD Y PROPUESTAS DE SOLUCIONES JURÍDICAS

A. RECALIFICACIONES DE TERRENOS

Durante los años del *boom* inmobiliario español, han sido frecuentes las operaciones urbanísticas llevadas a cabo por los clubes de fútbol con el fin de ver sus terrenos —habitualmente localizados en zonas privilegiadas de grandes ciudades—, revalorizados y con posibilidad de destinarlos a actividades más lucrativas como la construcción de viviendas.

En cuanto a si este tipo de actuaciones podrían vulnerar lo dispuesto en el art. 107 del TFUE, al respecto la Comisión Europea no ha llegado a pronunciarse. En 2004 inició una investigación sobre la venta de los terrenos de la Ciudad Deportiva del Real Madrid, que quedó archivada tras no hallar indicios de que la operación encubriese ayudas públicas ilegales al club²³.

En la actualidad se investiga si el Real Madrid habría recibido ayudas del Ayuntamiento de la ciudad, procedentes de una operación urbanística²⁴ originada por un intercambio de terrenos entre el club y el Consistorio, que implicaba la recalificación de los mismos y de la cual se derivaron importantes plusvalías.

Hasta donde tenemos conocimiento no hay precedentes similares ni antecedentes decisorios que se refieran a recalificaciones de terrenos en el sector futbolístico. Pero más allá de este particular (en el que parece que no concurre únicamente un supuesto de recalificaciones de terrenos) el criterio de la Comisión Europea, en cuanto a la existencia de ayudas estatales en recalificaciones y operaciones urbanísticas, bien puede inferirse de la decisión *Terra Mítica*²⁵, en la cual la Comisión Europea concluyó que no se había conferido una ventaja a la empresa y por tanto no había ayuda estatal

²³ *El País*, 7 de marzo de 2013, http://deportes.elpais.com/deportes/2013/03/07/actualidad/1362684970_677286.html; http://www.larazon.es/detalle_hemeroteca/noticias/LA_RAZON_452548/7068-bruselas-investiga-si-el-futbol-espanol-se-beneficia-de-ayudas-publicas-ilegales.

²⁴ *El Mundo*, 3 de abril de 2013, <http://www.elmundo.es/elmundo/2013/04/03/madrid/1364987587.html>.

La noticia publicada apuntaba a que el Ayuntamiento cedió en 1998 al club blanco unos terrenos en «Las Tablas» valorados en 421.000 euros. Cuando el Consistorio decidió recomprar los mismos terrenos estos fueron valorados en 22,7 millones. En vez de efectuar la compra, el ayuntamiento decidió ceder al club terrenos en el lateral del Paseo de la Castellana —frente al Estadio— donde se construirá un centro comercial y un hotel en un espacio de 12.000 m². A cambio, el club cedía la Esquina del Bernabéu, que se derribará para convertirla en un parque, y cuatro parcelas en Carabanchel. El intercambio también permitía las obras de remodelación del estadio, que contemplaba el cierre de la cubierta. Se alegó que el Ayuntamiento sobrestimó su deuda con el club blanco con el fin de darle los nuevos terrenos.

²⁵ Ayuda de Estado (2003/227/CE), Decisión de la Comisión de 2 de agosto de 2002 relativa a diversas medidas y a la ayuda estatal ejecutada por España a favor del parque temático «Terra Mítica, S. A.», Benidorm (Alicante). En este caso, los terrenos donde se ubicó el Parque fueron adquiridos por la sociedad «Parque Temático de Alicante, S. A.» mediante expropiación y mediante compra a propietarios. Se trataba de terrenos rústicos no urbanizables, sin ningún cultivo productivo. El precio medio pagado fue de 460 pesetas por metro cuadrado, si bien posteriormente, con ocasión de la transmisión de estos activos a la sociedad «Terra Mítica, S. A.», se puso de manifiesto que se habían obtenido unas

en la medida en que las autoridades nacionales siguieron en todo momento los procedimientos establecidos en la legislación nacional para dicha calificación.

En efecto, las recalificaciones de terrenos, efectuadas en el marco de un procedimiento urbanístico constituyen actuaciones ordinarias como consecuencia de la aplicación de una norma de alcance general (la urbanística) que no constituye una ventaja selectiva. Asimismo no cabe olvidar que su finalidad es la de fomentar que el interesado, al iniciar el procedimiento, obtenga un aumento en el valor de sus terrenos. Además no conlleva la transferencia de recursos ni fondos estatales, por lo que cabría concluir que no concurren todos los presupuestos requeridos por el art. 107.1 TFUE para que comporte la concesión de ayudas públicas.

B. VENTA DE ESTADIOS A ENTIDADES PÚBLICAS

Otra cuestión pendiente de decisión en la actualidad se aborda en el reciente asunto de *los equipos holandeses*²⁶ en el cual la Comisión Europea se cuestiona (en relación a tres de ellos), si la venta de un estadio realizada a una entidad pública entraña una ayuda de Estado al tratar de aliviar con la misma, las cargas financieras del equipo.

En este caso dada la situación financiera de los clubes, la Comisión no descarta la existencia de ayuda y decide incoar el procedimiento de investigación formal que actualmente está pendientes de decisión. La Comisión, en este punto, entendió que las autoridades holandesas no habían demostrado que el ente público tuviera intención de obtener un beneficio por las operaciones, sino que más bien intentaron evitar una pérdida a los clubes.

Y ciertamente para determinar la existencia o no de ayuda en este tipo de transacciones es necesario analizar, entre otras cuestiones, la situación financiera del club en el momento de la compra, las circunstancias que provocan la compra y si el precio aplicado es de mercado. Además, debe analizarse si el cálculo del precio incluye un margen de beneficios tal como aplicaría un inversor privado en una economía de mercado, y si las presunciones en las que se basaba dicho cálculo eran realistas. Es decir, si un inversor privado hubiera buscado la misma rentabilidad y si hubiera actuado de la misma manera que el municipio. En caso de que la operación no fuera rentable o incluso si fuera neutra, no sería aceptable para un típico inversor en una economía de mercado y por tanto entrañaría la existencia de una ayuda de Estado.

plusvalías que beneficiaron a la sociedad adquiriente ya que los terrenos se valoraron en 1.300 pesetas por metro cuadrado.

²⁶ State aid SA 33584 (2013/C)(ex 2011/NN), The Netherlands Alleged municipal aid to the professional Dutch football clubs Vitesse, NEC, Willem II, MVV, PSV and FC Den Bosch in 2008-2011.

C. GARANTÍAS

Son frecuentes las garantías otorgadas por entes públicos a clubes de fútbol. En el marco de las investigaciones iniciadas en octubre de 2012 por la Comisión²⁷ sobre posibles ayudas estatales a los clubes de fútbol profesional, una de las actuaciones que está sujeta al análisis se refiere a los avales otorgados por el Instituto Valenciano de Finanzas (IVF) a tres clubes de fútbol de la Comunidad Valenciana por importe conjunto de 118 millones de euros²⁸.

Cabe generalizar que la estructura de estas operaciones ha seguido de forma más o menos parecida el siguiente esquema:

- Las fundaciones vinculadas a dichos clubes de fútbol suscriben un determinado número de acciones del club en el marco de operaciones de capitalización del mismo.
- Esta operación es financiada por una entidad bancaria.
- El Banco por su parte exige, en garantía de la devolución del préstamo por la Fundación correspondiente, la aportación de un aval, que en este caso otorga la entidad pública.
- La fundación abona un precio o comisión por dicho aval a la entidad pública. A su vez, la entidad pública recibe una contragarantía (una prenda de las acciones titularidad de la fundación).

La Comisión Europea no se ha pronunciado todavía al respecto de si las mencionadas medidas constituyen una ayuda de Estado en el sentido del art. 107.1 TFUE o por el contrario, si se han otorgado en condiciones de mercado.

La ventaja económica de las garantías estatales consiste en que es el Estado el que asume el riesgo vinculado a la garantía. La asunción de este riesgo por parte del Estado debería compensarse normalmente con una prima adecuada; si el Estado renuncia, en todo o en parte, a dicha prima implica tanto una ventaja para la empresa como una pérdida de recursos para el Estado y el importe de la ayuda, en tal caso estará constituido por la diferencia entre el precio de mercado de la garantía prestada y el precio efectivo pagado por ella.

Si bien, cuando se trata de garantías concedidas a empresas o entidades en crisis, un garante del mercado, si existe, exigiría una prima elevada en el momento de concederla, dado el alto porcentaje de incumplimiento que cabría esperar. O también cabe que la probabilidad de que el prestatario no pueda devolver el préstamo fuera particularmente elevada; en tal caso es posible que el elemento de ayuda de la garantía sea tan elevado como el importe efectivamente cubierto por esa garantía²⁹. Es decir, en el caso de

²⁷ Asunto SA29424 ex CP288/2009.

²⁸ Asunto SA36387, España, Presunta ayuda a favor de tres clubes de fútbol de la Comunidad Valenciana.

²⁹ Comunicación relativa a la aplicación de los arts. 87 y 88 del Tratado CE a las ayudas estatales otorgadas en forma de garantía (2008/C 155/02).

empresas o entidades de baja solvencia y elevado riesgo, la ayuda otorgada puede llegar a ser el importe total garantizado.

Además la Comisión Europea también puede determinar otros elementos de ayuda como la posible ventaja obtenida por la concesión de un préstamo en unas condiciones más ventajosas derivadas de la aportación de la mencionada garantía o la existencia de ayudas indirectas, por ejemplo al prestatario.

Es de destacar que la ayuda se otorga al conceder la garantía, no en el momento de ejecutarla o de hacer efectivo un pago en virtud de la misma. La evaluación del elemento de ayuda y de su importe, debe considerarse en el momento en que se concede. De este modo puede existir una ayuda estatal, aunque el Estado no efectúe ningún pago de la deuda amparada por una garantía.

El beneficiario directo de la ayuda suele ser el prestatario. En comparación con una situación sin garantía, la garantía estatal para préstamos permite al prestatario obtener mejores condiciones financieras que las que hubiera conseguido en los mercados financieros. Gracias a la garantía pública, el prestatario puede obtener normalmente tipos más bajos o dar menos contragarantías. De igual manera, una garantía del Estado puede ayudar a una empresa en dificultades a seguir activa en vez de desaparecer o reestructurarse, falseando así la competencia.

No obstante, a pesar de que normalmente el beneficiario de la ayuda es el prestatario, no puede descartarse que en ciertas circunstancias esta pueda beneficiar directamente también al prestamista. Por ejemplo, si se otorga una garantía estatal sobre un préstamo u otra obligación financiera a posteriori, sin que se hayan adaptado sus condiciones, o si un préstamo garantizado se utiliza para pagar otro no garantizado a la misma entidad de crédito, puede apreciarse también ayuda al prestamista, ya que la garantía del préstamo aumenta.

Por el contrario, si una garantía individual o un régimen de garantía suscritos por el Estado no suponen ventaja alguna para la empresa, no constituirán ayuda estatal. En este contexto, la Comisión basa su valoración, una vez más, en el referido principio de un inversor que actúa en una economía de mercado, para lo cual tiene en cuenta las posibilidades efectivas de que la empresa beneficiaria obtenga recursos financieros equivalentes recurriendo al mercado de capitales de forma que no habría ayuda estatal si se dispone de una nueva fuente de financiación en condiciones que serían aceptables para un inversor privado en las condiciones normales de una economía de mercado.

El gran reto al que se enfrentan los clubes de fútbol que hayan recibido este tipo de avales públicos es el de acreditar que las condiciones que se les aplicaron fueron de mercado o bien reunían los requisitos siguientes para determinar su compatibilidad. Para ello, de acuerdo con la «Comunicación relativa a la aplicación de los arts. 87 y 88 del Tratado CE a las ayudas estatales otorgadas en forma de garantía (2008/C 155/02)» el cumplimiento

de todas las condiciones que se citan a continuación, será suficiente para descartar la presencia de ayuda estatal:

- a) El prestatario no se encuentra en una situación financiera difícil³⁰.
- b) El alcance de la garantía puede evaluarse adecuadamente en el momento de su concesión. Esto significa que la garantía debe estar vinculada a una transacción financiera específica, por un importe máximo fijo y por un periodo limitado.
- c) La garantía no cubre más del 80 por 100 del préstamo u otra obligación financiera pendiente. Este límite no se aplica a las garantías que cubren bonos u otros títulos de deuda negociables (con excepción de los valores que sean equiparables a las acciones de sociedades o que, si se convierten o si se ejercen los derechos que confieren, den derecho a adquirir acciones o valores equiparables a acciones)³¹.
- d) Se paga por la garantía un precio basado en el mercado³². Si el precio pagado por la garantía es, como mínimo, tan elevado como la correspondiente referencia para la prima de la garantía que pueda encontrarse en los mercados financieros, la garantía no incluye ayuda.

Por otro lado, en caso de existencia de ayudas, estas pueden ser declaradas compatibles en función de diversos parámetros. Los criterios en los que se suele basar son los recogidos en sus Comunicaciones, Directrices y precedentes similares:

- Si a pesar de existir ayuda, la garantía no excede de 1,5 millones de euros y únicamente cubre el 80 por 100 del préstamo subyacente, pues en tal caso podría quedar enmarcada en el ámbito de las ayudas de *minimis* y declararse compatible³³.
- Si la garantía se otorgó desde el 1 de enero de 2009 hasta el 31 de diciembre de 2010 y cumple los requisitos establecidos en el marco temporal de medidas de ayuda estatal para facilitar el acceso a la financiación en el actual contexto de crisis económica y financiera de 2009³⁴.

³⁰ Se aplica la definición recogida en las Directrices comunitarias sobre ayudas estatales de salvamento y de reestructuración de empresas en crisis.

³¹ Directiva 2004/109/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 2004, sobre la armonización de los requisitos de transparencia relativos a la información sobre los emisores cuyos valores se admiten a negociación en un mercado regulado y por la que se modifica la Directiva 2001/34/CE (DO L 390, de 31 de diciembre de 2004, p. 38).

³² Véase apartado 3.3. de la Comunicación.

³³ Sujeto al cumplimiento del resto de requisitos establecidos en el Reglamento (CE) núm. 1998/2006 de la Comisión, de 15 de diciembre de 2006, relativo a la aplicación de los arts. 87 y 88 del Tratado a las ayudas de *minimis*.

³⁴ Comunicación de la Comisión, 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 (2009/C16/01). Podría en principio ser declarada compatible si concurren los siguientes elementos:

- a) Si la prima es acorde con la establecida en dicha norma.
- b) Si el importe máximo del préstamo no supera el total de los costes salariales anuales del beneficiario.

- Si la garantía fue concedida desde el 1 de enero de 2011 hasta 31 de diciembre de 2011, y cumple los requisitos establecidos en el marco temporal de medidas de ayuda estatal para facilitar el acceso a la financiación en el actual contexto de crisis económica y financiera de 2011³⁵.

En otro caso, deberá someterse a un análisis en profundidad en el que la Comisión pondera los efectos de la medida. También podría ser declarada compatible según la normativa de ayudas a la reestructuración y salvamento de empresas en crisis³⁶ tras un análisis individualizado de la misma.

Si finalmente fuera declarada incompatible, habrá que determinar en primer lugar el importe de la ayuda que normalmente oscilará entre i) la diferencia entre el precio de mercado de la garantía prestada y el precio efectivo pagado por ella, y ii) el importe total garantizado, en el caso de que la garantía se hubiera otorgado a empresas o entidades de baja solvencia y elevado riesgo. También pueden concurrir otros elementos de ayuda como la posible ventaja obtenida por la concesión de un préstamo en unas condiciones más ventajosas derivadas de la aportación de la mencionada garantía o la existencia de ayudas indirectas, por ejemplo al prestatario.

Por otro lado, de las garantías concedidas a clubes de fútbol ha tenido especial trascendencia el caso del aval otorgado a la Fundación del Valencia Club de Fútbol en el que junto a la actuación de la Comisión Europea también ha concurrido la aplicación por los tribunales nacionales de estas normas de competencia. Así, el aval otorgado a la Fundación del Valencia Club de Fútbol por el Instituto Valenciano de Finanzas (IVF) fue impugnado por dos socios del club ante el tribunal de lo contencioso-administrativo de Valencia. Este tribunal resolvió³⁷ que la garantía se había concedido prescindiendo «del procedimiento de comunicación a las autoridades europeas», motivo por el cual se declaró «contrario a derecho [...] y se dispone el cese inmediato de dicha actuación hasta la reposición de la situación al

c) Si la garantía se ha concedido, desde el 1 de enero de 2009 hasta el 31 de diciembre de 2010.

d) Si la garantía no supera el 90 por 100 del préstamo durante la vigencia de este.

e) Si la garantía está relacionada con un préstamo de inversión o de capital circulante.

f) Si no se concedió a una empresa que estaba en crisis antes del 1 de julio de 2008.

³⁵ Comunicación de la Comisión, 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 (texto pertinente a efectos del EEE) (2011/C 6/05). Podría en principio ser declarada compatible si:

a) Si la prima es acorde con la establecida en dicha norma.

b) Si el importe máximo del préstamo no supera el total de los costes salariales anuales del beneficiario.

c) Si la garantía se concedió, desde el 1 de enero de 2011 hasta el 31 de diciembre de 2011.

d) Si la garantía no supera el 80 por 100 del préstamo durante la vigencia de este.

e) Si se concedió a una PYME, puede estar relacionada con un préstamo de inversión o de capital circulante; si bien, en lo que se refiere a las grandes empresas, la garantía solo puede estar relacionada con un préstamo de inversión.

f) Si no se concedió a una empresa en crisis.

³⁶ Comunicación de la Comisión, Directrices comunitarias sobre ayudas estatales de salvamento y reestructuración de empresas en crisis (2004/C244/02).

³⁷ Sentencia del juzgado de lo contencioso-administrativo núm. 3 de Valencia, núm. 103/2013, de 8 de marzo de 2013.

momento anterior a la concesión del aval por el Instituto Valenciano de Finanzas a favor de la Fundación del Valencia Club de Fútbol». Este pronunciamiento ha sido recurrido por el banco prestamista ante el Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de la Comunidad Valenciana, al tiempo que la Comisión Europea continúa analizando la compatibilidad de dicha medida con el mercado.

Además, el juzgado contencioso-administrativo desestimó el recurso de Bankia solicitando que no se ejecutase la sentencia que anulaba el aval de IVF y ordenaba su ejecución provisional³⁸, por lo que actualmente el aval se encuentra anulado hasta que se pronuncie el TSJ de la Comunidad Valenciana, ante el que la entidad ha recurrido la sentencia. En la práctica esto supone que si no se produce una decisión antes de que se cumpla el plazo que tiene la Fundación del Valencia Club de Fútbol para hacer frente al pago de intereses del préstamo, el banco podría convertirse en propietario de sus acciones, cerca del 70 por 100 del accionariado del Valencia CF, que le fueron aportadas como garantía del préstamo.

La confluencia de ambos procedimientos (el de la vía contencioso-administrativa por un lado y la vía comunitaria por otro), dificulta conocer de antemano el resultado, pudiendo darse diversas situaciones. Esto es así porque el hecho de que la concesión de la garantía no fuera notificada previamente por parte del IVF no prejuzga la decisión de la Comisión Europea. Una vez iniciado el procedimiento por parte de la Comisión, esta procederá a una evaluación completa de la misma, independientemente de si se ha respetado o no la obligación de notificación y suspensión.

En el supuesto del Valencia, al tratarse de una medida no notificada, efectivamente terceros interesados —como los accionistas en este caso—, pudieron interponer ante los tribunales nacionales competentes una acción judicial contra la entidad que concedió el aval por haber vulnerado el art. 108.3 TFUE que exige la notificación previa al otorgamiento de la ayuda y que tiene efecto directo. En estos supuestos el tribunal nacional debe establecer las consecuencias jurídicas de la infracción de dicho artículo, de conformidad con el Derecho nacional³⁹. En el caso particular del aval concedido a la Fundación del Valencia CF, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Valencia, en su Sentencia 103/2013, de 8 de marzo de 2013, determinó la «reposición al momento anterior de la concesión del aval».

³⁸ <http://www.expansion.com/2013/07/09/valencia/1373383937.html>.

³⁹ A este respecto, el Tribunal de Justicia en su Sentencia de 8 de diciembre de 2011 (asunto C-275/10) clarificó que: «La última frase del artículo 88 CE, apartado 3 [actual art. 108.3 TFUE] debe interpretarse en el sentido de que los órganos jurisdiccionales nacionales son competentes para anular una garantía en una situación como la del litigio principal, en la que se ejecutó una ayuda ilegal mediante una garantía otorgada por una autoridad pública para garantizar un préstamo concedido por una sociedad financiera a favor de una empresa que no habría podido obtener esa financiación en condiciones normales de mercado. En el ejercicio de esta competencia, dichos órganos jurisdiccionales deben garantizar la recuperación de la ayuda y, a tal efecto, pueden anular la garantía, en particular cuando, a falta de medidas procesales menos onerosas, dicha anulación puede entrañar o facilitar el restablecimiento de la situación competitiva anterior al otorgamiento de dicha garantía».

Por otro lado, la Comisión Europea se pronunciará en cuanto al fondo del asunto y en función de la decisión que pudiera adoptar, se podrán producir diversos efectos:

- Si considera que la medida notificada no constituye ayuda estatal o esta es compatible, de acuerdo con los criterios expuestos anteriormente, en tal caso se restablecerá el aval y la situación inicial.
- Si la Comisión Europea estima que existe ayuda y esta no es compatible, exigirá la devolución de la misma y procederá a cuantificar el importe de la misma, que normalmente oscilará entre i) la diferencia entre el precio de mercado de la garantía prestada y el precio efectivo pagado por ella, y ii) el importe total garantizado, en el caso de que la garantía se hubiera otorgado a empresas o entidades de baja solvencia y elevado riesgo. Además, podrá determinar otros elementos de ayuda como la posible ventaja obtenida por la concesión de un préstamo en unas condiciones más ventajosas derivadas de la aportación de la mencionada garantía o la existencia de ayudas indirectas, por ejemplo al prestatario.

En el caso *Residex*⁴⁰, la Corte Suprema de Holanda se refirió también a la interacción entre el art. 108.3 TFUE y sus consecuencias en Derecho nacional. En una cuestión prejudicial, el Tribunal de Justicia remarcó que los roles entre la Comisión Europea y los tribunales nacionales en lo que respecta a la aplicación de las normas de ayudas de Estado, deben ser complementarios y que los tribunales nacionales son competentes para evaluar, bajo la norma nacional, la validez de las medidas otorgadas si estas son ilegales, pero concluyó que los tribunales nacionales no están obligados necesariamente a anular esas garantías. La ilegalidad de las ayudas implica el deber de restablecer la situación a la anterior, antes de conceder la ayuda, lo cual suele lograrse mediante la devolución del beneficio recibido. En tal caso, si la anulación de la garantía es el medio para restaurar la situación, esta sanción civil resulta apropiada.

Es decir, queda abierta la posibilidad de que un tribunal nacional considere que la garantía otorgada no debe ser anulada (por ejemplo si la ventaja existente no es el importe total de la garantía sino la diferencia entre la prima abonada por el beneficiario y la que debiera haberse abonado realmente, atendiendo a las condiciones del mercado). Si este fuera el caso, la garantía no tendría por qué ser anulada, sino que cabría la devolución únicamente del importe no satisfecho.

La problemática de las ayudas en forma de garantías es que su concesión va a asociada a otras relaciones contractuales y civiles y la anulación de las mismas no es siempre la consecuencia que garantiza el resultado de restablecer la situación al momento anterior a la concesión. También se plantea si la anulación de esta garantía provoca la invalidez del resto de acuerdos firmados en base a la misma (p. ej., contratos de préstamo).

⁴⁰ Asunto C-275/10, *Residex Capital IV*.

El abogado general Kokkot en el asunto *Residex*, entiende que una garantía estatal otorgada para un préstamo no debería entenderse nula, excepto si el prestamista fuera también beneficiario (indirecto) de la misma ⁴¹, ofreciendo cuanto menos una salida airosa al complejo problema.

D. APLAZAMIENTOS, REDUCCIONES EN DEUDAS CONTRAÍDAS CON ENTES PÚBLICOS, PAGOS A LA SEGURIDAD SOCIAL Y HACIENDA

Según trascendía a la opinión pública recientemente ⁴², los impagos a Hacienda y a la Seguridad Social, una práctica habitual en el fútbol, están también bajo la lupa de Bruselas desde 2012. Se trata de una cuestión sobre la que todavía tampoco existe decisión comunitaria por el momento, si bien la problemática jurídica se analiza a continuación.

a) *Impuestos y pagos a Hacienda*

La posición de la Comisión Europea respecto a las ayudas en forma de incentivos o bonificaciones fiscales se recoge en su Comunicación «relativa a la aplicación de las normas sobre ayudas estatales a las medidas relacionadas con la fiscalidad directa de las empresas» (98/C 384/03).

De acuerdo con la misma, cabe la existencia de ayudas en caso de que se otorgue una ventaja fiscal que aligere las cargas que, por regla general, gravarían el presupuesto de una empresa. Tal ventaja puede obtenerse al reducir la carga fiscal de la empresa de diferentes maneras (una reducción de la base imponible por deducción excepcional, amortización extraordinaria o acelerada, inscripción de reservas en el balance, etc.; o una reducción total o parcial de la cuantía del impuesto mediante una exención, crédito fiscal, etc.; así como un aplazamiento, la anulación o incluso el reescalamiento excepcional de la deuda fiscal, etc.).

Asimismo para que constituya una ayuda deberá reunir el resto de requisitos del art. 107 TFUE, y entre ellos, la medida deberá ser específica o selectiva en el sentido de favorecer a determinadas empresas o producciones. Este carácter de ventaja selectiva puede ser resultado de una excepción a las disposiciones fiscales de naturaleza legislativa, reglamentaria o administrativa, como también de una práctica discrecional por parte de la administración fiscal. No obstante, el carácter selectivo de una medida puede estar justificado por la naturaleza o la economía del sistema. Si ese fuese el caso, la medida escapará a la calificación de ayuda establecida en el apartado 1 del art. 107 TFUE.

En principio, las medidas fiscales abiertas a todos los agentes económicos que actúan en el territorio de un Estado miembro constituyen medidas

⁴¹ AG Kokkot, párrafo 88: «A State guarantee for a private loan provided in breach of the third sentence of article 108 (3) TFUE and also not approved ex post by the European Commission is not to be considered null and void unless the lender is itself a beneficiary of the aid».

⁴² http://deportes.elpais.com/deportes/2013/03/07/actualidad/1362684970_677286.html.

generales y no una ayuda de Estado. Deben estar realmente abiertas a cualquier empresa sobre la base de la igualdad de acceso y su alcance no puede ser reducido de facto, por ejemplo, a causa de la discrecionalidad del Estado en su concesión o debido a otros factores que puedan restringir su efecto práctico. Siempre que se apliquen de la misma manera a todas las empresas y a todas las producciones, no constituyen ayudas estatales:

- Las medidas de pura técnica fiscal (fijación de los tipos impositivos, de las normas de depreciación y amortización y de las normas en materia de aplazamiento de pérdidas; disposiciones destinadas a evitar la doble imposición o la evasión fiscal legal).
- Las medidas destinadas a lograr un objetivo de política económica general mediante la reducción de la carga fiscal vinculada a determinados costes de producción (por ejemplo, investigación y desarrollo, medio ambiente, formación y empleo).
- El hecho de que determinadas empresas o sectores se beneficien más que otros de algunas de estas medidas fiscales no significa necesariamente que dichas medidas entren en el ámbito de aplicación de las normas de competencia en materia de ayudas estatales.

En el ámbito deportivo, el precedente más relevante lo constituye *el caso de la Ley «Salva-Calcio»*⁴³, cuando en 2003 la Comisión Europea decidió investigar una normativa italiana (Ley «Salva-Calcio») referente a los informes financieros que debían presentar en este país los clubes deportivos profesionales incluidos los clubes de fútbol de la Serie A. La Comisión expresó su preocupación por que la legislación pudiera infringir las normas de la Unión Europea sobre contabilidad y por si su aplicación podía suponer la concesión de ayuda estatal.

En efecto la norma permitía a determinados clubes deportivos disfrutar de unas ventajas financieras que otros equipos en Europa no tenían, por lo que podía falsear la competencia tanto desde el punto de vista empresarial —ámbito cubierto por el mercado interior de la UE y por la ley de competencia— como, por extensión, en el campo de juego.

Merced a esta ley, algunos clubes, especialmente los grandes clubes de fútbol que son los que más invierten en salarios de jugadores, podían presentar una contabilidad que infravaloraba sus costes verdaderos en un determinado año, ocultaban sus pérdidas reales y presentaban una imagen falsa a los inversores. Otro efecto secundario era que los clubes afectados podrían, al menos a corto plazo, pagar precios y salarios inflados a los jugadores, incluso cuando su verdadera situación financiera no les debería permitir hacerlo, lo cual les beneficiaba también en el terreno de juego (aunque este aspecto no estuviera directamente cubierto por el Derecho europeo).

La medida permitía que los clubes deportivos anotasen en un balance especial, como activos, las pérdidas de capital resultantes de la reducción del valor de los derechos de explotación de los rendimientos de los jugado-

⁴³ IP/03/1529 e IP/04/854.

res profesionales, según se determinen con arreglo a una evaluación de un tasador jurado. Esta partida se contabilizaba como activo en el balance y se amortizaba anualmente. La Ley especificaba que las empresas que optasen por aplicar las normas especiales introducidas por la Ley, debían proceder, a efectos contables y fiscales, a amortizar la partida anotada en el balance en diez anualidades de igual importe, incluso aunque los derechos en virtud de los contratos con los jugadores interesados durasen, por ejemplo, solo dos o tres años.

La Comisión Europea manifestó sus dudas respecto a si la medida podía infringir tanto las normas contables de la UE como las relativas a ayudas estatales al permitir que los contratos de los atletas se considerasen inmovilizados inmateriales, durante un tiempo superior al de su vida económica útil. Además, la legislación italiana también permitía que los clubes deportivos no hicieran correcciones de valor por lo que se refiere a sus derechos contractuales sobre los atletas profesionales, incluso aunque estos hubieran dejado de rendir al nivel esperado, por ejemplo debido a una lesión.

En lo que respecta a la posible infracción del art. 107 del Tratado CE, relativo a las ayudas estatales, la ventaja concedida podría considerarse un acuerdo de amortización extraordinaria, según se define en la Comunicación de la Comisión sobre la fiscalidad directa de las empresas y a que el Estado italiano renunciara a ciertas recaudaciones tributarias que sí se percibían de otras empresas. De esta manera, la Comisión Europea expresó que la medida podía constituir ayuda estatal, en el sentido del apartado 1 del art. 107 TFUE, y en tal caso era dudoso que fuera compatible con el Tratado. Finalmente, en 2004 la Comisión solicitó a Italia que modificara dicha legislación.

La norma fue modificada por las autoridades italianas, las cuales sustituyeron la expresión «a efectos contables y fiscales» por «únicamente a efectos contables». La modificación fue notificada a la Comisión Europea⁴⁴, quien declaró que con dicha modificación se evitaba la posibilidad de aplicar esta norma a efectos fiscales, y descartaba la existencia de ayuda de Estado.

Por otro lado, la Comisión ha aceptado en otras ocasiones la compatibilidad de ciertas medidas fiscales para apoyar al sector deportivo como en el caso del *régimen de incentivos fiscales propuestos por el Estado de Hungría para apoyar al sector deportivo*⁴⁵.

⁴⁴ Decisión de la Comisión de 22 de junio de 2005, C(2005)1794, sobre la medida implementada por Italia para los clubes de fútbol profesionales (Decreto Salva Calcio).

⁴⁵ Decisión de la Comisión de 9 de noviembre de 2011 [(C2011)7287 final], SA31722, Hungary, Supporting the Hungarian sport sector via tax benefit scheme, para. 73. El Estado húngaro notificó a la Comisión Europea un régimen de incentivos fiscales por el cual se pretendía que las empresas que realizaran donaciones económicas que favorecieran al sector deportivo, pudieran deducirse dicho importe en los impuestos sobre beneficios. Una de las finalidades a las que podrían destinar dichos fondos para beneficiarse de la deducción era a la construcción o modernización de infraestructuras deportivas de cualquier tipo (terrenos, campos deportivos, piscinas, estadios, pabellones, canchas de hielo, pistas de patinaje, gimnasios, etc.). El régimen estaba abierto a cualquier empresa de cualquier sector que realizara la donación en los términos exigidos.

Respecto a la calificación de la deducción desde la perspectiva de los beneficiarios directos de la misma, la Comisión concluyó que al tratarse de una medida disponible para todas las empresas, sin limitación alguna, no constituía una medida selectiva, y por tanto no la calificaba de ayuda de Estado a los efectos del art. 107.1 TFUE.

Por lo que respecta a los beneficiarios indirectos, consideró la Comisión que sí existía ayuda estatal, si bien, tras un análisis detallado de la medida la calificó de compatible. El motivo principal es que este incentivo tenía como objetivo último el de compensar un fallo del mercado («*market failure*»). Consciente de que se trataba de un tipo de inversiones que no eran rentables económicamente y que las autoridades públicas húngaras no contaban con recursos suficientes para renovarlas o mantenerlas, y dado el mal estado de las mismas, entendía la Comisión que la medida era necesaria y proporcionada al fin propuesto, y decidió autorizarla.

Por tanto, en lo que se refiere a medidas fiscales, deberá defenderse que, o bien son medidas de alcance general o por ello no constituyen ayudas, o bien que esta es compatible por los beneficios que reporta.

b) *Condonaciones o aplazamientos en el pago de deudas*

En el asunto de *los clubes holandeses*⁴⁶ que se encuentra pendiente de decisión definitiva, la Comisión se cuestionaba si los acuerdos alcanzados por cuatro equipos (*Vitesse*⁴⁷ *Arnhem*, *Den Boch*⁴⁸, *Willem*⁴⁹ *II*, *Maas-*

En este caso, los beneficiarios directos del incentivo fiscal serían las entidades que realizan las inversiones y se aplican las deducciones fiscales, que previsiblemente serían: i) asociaciones deportivas; ii) clubes deportivos profesionales; iii) inversores y, en su caso, y iv) municipios. Asimismo se identificaban como beneficiarios indirectos: i) las organizaciones deportivas que utilizaran o fueran titulares de las instalaciones subvencionadas; ii) los deportistas que tuvieran acceso a mejores instalaciones; iii) estudiantes y ciudadanos, y iv) la masa social que se aficionara a los deportes debido al incremento de popularidad en la práctica de los mismos.

⁴⁶ State aid SA 33584 (2013/C)(ex 2011/NN), The Netherlands Alleged municipal aid to the professional Dutch football clubs Vitesse, NEC, Willem II, MVV, PSV and FC Den Bosch in 2008-2011.

⁴⁷ En este caso, Vitesse se enfrentaba a graves problemas financieros, ya que había registrado pérdidas durante los diez años anteriores, por importe total neto de 27,4 millones de euros. Su acreedor más importante era el municipio de Arnhem, que representaba el 45 por 100 de todas las reclamaciones. En vista de los atrasos en los pagos, el municipio solicitó a Vitesse que pagara las cantidades adeudadas, lo cual no sucedió. Vitesse inició entonces negociaciones con sus acreedores para reestructurar sus deudas. Se alcanzó un principio de acuerdo con todos los acreedores, excepto el municipio, que no estaba de acuerdo porque creía que sus derechos quedaban garantizados en un acuerdo contractual con una cláusula penal. En el caso de quiebra del Vitesse, el municipio podría no haber recibido cantidad alguna. En esas condiciones, el municipio —después de las negociaciones con los administradores y Vitesse— decidió aceptar el acuerdo. Como resultado del acuerdo, el municipio recibió 886.662 euros, mientras que sus créditos reconocidos ascendieron a 7.788.660,00 euros. Otros acreedores grandes también recibieron aproximadamente el 12 por 100 de sus créditos reconocidos.

⁴⁸ La Comisión Europea cuestionó la existencia de ayudas de estado en la condonación de una deuda de 1,65 millones de euros de la que era titular el municipio de Den Boch frente al club del mismo nombre, a cuyo cobro renunció la autoridad y vendió por 1 euro a los aficionados del equipo, que lo transformarían en el 60 por 100 del accionariado.

⁴⁹ El Willem II tenía una deuda contraída con el municipio de Tilburg a quien abonaba desde 2004 un alquiler anual de en torno a 1 millón de euros más IVA por el uso del estadio, además de una

*tricht*⁵⁰) con diversas autoridades públicas constituían o no una ayuda de Estado.

Con respecto a la reclamación de las deudas por parte de las autoridades públicas, la interpretación por la Comisión de la UE y también por el Tribunal de Justicia acerca de estas conductas es que pueden constituir ayudas de Estado.

Es decir, de acuerdo con la jurisprudencia europea, la forma de la ayuda no es relevante a los efectos del art. 107.1 del TFUE, puesto que el concepto de ayuda también abarca a aquellas medidas que alivian las cargas que normalmente recaen en el presupuesto de una empresa.

Por su parte, la aplicación de excepciones a las reglas normales de insolvencia, que permiten a las empresas continuar con su actividad económica en circunstancias en las que no se permitiría si se aplicaran las normas concursales ordinarias, pueden implicar la asunción de un coste para las autoridades públicas si se encuentran entre los acreedores principales de dichas empresas.

Además para medir la ventaja, las autoridades de competencia suelen comparar el comportamiento de las entidades públicas con el de un acreedor privado en la economía de mercado. Este principio es una variación del principio del inversor privado en una Economía de Mercado, en el que la maximización del beneficio es el aspecto común y el comportamiento normal del mercado es la referencia a utilizar para evaluar todo tipo de transacciones económicas contraídas por las autoridades públicas.

Sin embargo, en ocasiones, obtener el resultado más rentable puede requerir de diferentes estrategias en función de las circunstancias y todas ellas deben ser admisibles, sea el acreedor privado o público. Es decir, si de la ejecución de un crédito puede resultar que un acreedor entre en concurso, y la pérdida parcial o total del crédito, será admisible que el acreedor decida aceptar una recalendarización e incluso una condonación parcial de la deuda. Una conducta similar por parte del Estado no constituye una ayuda.

Los equipos afectados deberán por tanto ser capaces de argumentar que el comportamiento seguido por las autoridades responde al principio del acreedor privado y en su caso, que la ejecución de un crédito o el concurso del acreedor (en este caso el equipo) puede conllevar la pérdida total de la deuda, siendo el perjuicio mucho mayor.

renta variable que se calculó por un experto independiente (basándose en el coste de inversión, una depreciación calculada durante un periodo de 30 años y una tasa de interés del 5,5 por 100).

Debido a problemas financieros del equipo, las partes acordaron recalcular la renta del alquiler (considerando ahora una depreciación de 40 años). Como consecuencia de la misma, el importe de la renta se redujo y además durante un año no se abonaría renta alguna. La Comisión también decidió incoar el procedimiento de investigación formal pues no descartaba la existencia de ayuda.

⁵⁰ El municipio de Maastricht renunció a reclamar al equipo de la ciudad 1,7 millones de euros, sin embargo, otros acreedores convirtieron sus deudas en derechos de cobro sobre futuros ingresos del equipo derivados de la venta de jugadores. Además, otros acreedores a quienes se solicitó que renunciaran al 50 por 100 de su deuda se opusieron a dicho acuerdo.

c) *Cuotas de Seguridad Social*

Si bien por lo general el criterio de las autoridades europeas de competencia en lo que respecta a la concesión de ventajas a través de medidas otorgadas vía Seguridad Social, no difiere del seguido en otras formas de concesión de ayudas, en ocasiones ha venido autorizando un trato preferente hacia determinados colectivos en lo que respecta a sus contribuciones a la Seguridad Social⁵¹.

En el ámbito deportivo, si bien parece que actualmente la Comisión Europea está fijando su atención en el trato que los clubes de fútbol (en particular los españoles) pueden estar recibiendo⁵², no tenemos conocimiento de ningún precedente concreto en este ámbito. El Vicepresidente de la Comisión, D. Joaquín Almunia decía que «la Comisión es consciente de las cantidades sustanciales en impuestos y cotizaciones que los clubes profesionales españoles adeudan a las Administraciones» y estas «no pueden recibir un trato diferente al de otros agentes económicos».

Como ejemplo, la Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de noviembre de 2007⁵³ en la cual se impugna la decisión adoptada por la Comisión Europea que declaraba incompatible una medida consistente en un acuerdo entre la empresa Sniace y la Seguridad Social española, y FOGASA, con el fin de reescalonar varias deudas, en la medida en que el tipo de interés aplicado se situaba por debajo de los tipos de mercado. La Comisión estimó en este caso que las graves dificultades financieras que sufría la empresa ponían en peligro las posibilidades de sobrevivir y si la TGSS hubiera exigido la ejecución forzosa de sus créditos, podría haber provocado el cierre de dicha sociedad, por lo que entendió que al celebrar dichos acuerdos pretendían recuperar al máximo las cantidades adeudadas sin sufrir una pérdida financiera. No obstante, el Tribunal de Primera Instancia y el Tribunal de Justicia estimaron que esta percepción no quedaba suficientemente demostrada y la Comisión no disponía de información suficiente para poder apreciar con pleno conocimiento las perspectivas de rentabilidad a largo plazo y de viabilidad de la empresa.

E. PATROCINIOS Y CONTRATOS DE PUBLICIDAD CON ENTIDADES PÚBLICAS

Resulta frecuente que gobiernos regionales o locales, empresas públicas, entidades, etc., utilicen como medio de soporte publicitario y de promoción de sus actividades las equipaciones deportivas de ciertos equipos, o dispongan vallas publicitarias en los estadios.

⁵¹ Véase por ejemplo Decisión de la Comisión de 23 de noviembre de 2005, Ayuda de estado N311/2005, Irlanda. Refund of Employers' Social Security Contributions in respect of seafarers on certain vessels; Decisión de la Comisión de 30 de octubre de 2001, Ayuda N542/01, Suecia, medidas fiscales para el transporte marítimo.

⁵² *El País*, 7 de marzo de 2013.

⁵³ Sentencia de 22 de noviembre de 2007. Asunto C-525/04P.

Si bien en el ámbito futbolístico se trata de una materia que la Comisión Europea no ha entrado a analizar directamente hasta la fecha, la cuestión de los patrocinios realizados por entidades públicas a empresas privadas y su relación con las ayudas de Estado, fue objeto de un pormenorizado análisis realizado por la CNC en su «Informe anual sobre ayudas públicas en España⁵⁴ del año 2011».

En este análisis la CNC evaluó los acuerdos con entidades públicas para la inserción de publicidad relativa a la promoción turística en diferentes soportes propiedad de las empresas privadas, a cambio de una contraprestación económica por parte de un ente público. Si bien dicho estudio se fijaba en ciertas prácticas relativas a otro sector, cabe extrapolar sus conclusiones a los clubes de fútbol profesionales, en la medida en que, en ocasiones, también estos reciben fondos públicos a cambio de promocionar o publicitar en sus equipaciones el turismo de ciertas regiones o a determinadas empresas públicas.

Así, en su análisis, la CNC determinaba que con objeto de evitar un favorecimiento excesivo de la empresa adjudicataria del servicio de promoción, era conveniente que todos los instrumentos se sujetasen estrictamente a los principios de publicidad y concurrencia, de forma que todos los operadores interesados pudieran participar y proponer una oferta en igualdad de condiciones.

Los acuerdos de promoción entre las empresas y Administraciones y entes públicos, constituyen una forma de intervención pública, que podría conllevar subvenciones más o menos encubiertas. Respecto a si esta forma de instrumentar las relaciones entre los entes públicos y las empresas pueden constituir una ayuda de Estado en el sentido del art. 107.1 TFUE, cabe concluir, a la luz del informe de la CNC, que:

- La presencia de fondos públicos parece clara, por cuanto los entes promotores utilizan fondos procedentes de entidades públicas (ya sea de ámbito estatal, autonómico o local).
- En cuanto a los posibles beneficiarios de estos fondos públicos, sería el firmante de los contratos o convenios (es decir, la entidad titular del soporte publicitario).
- Por lo que respecta al elemento de ventaja económica, solo en el caso de que las actuaciones de patrocinio y publicidad se ajustaran al principio del inversor privado en una economía de mercado (es decir, sólo si resultase probado que un inversor privado hubiese adoptado una decisión similar), quedaría excluida la existencia de una ventaja y su consideración como ayuda.
- Por el contrario, los siguientes indicios apuntarían a la existencia de una ventaja:
 - i) Cuando el acceso a la prestación del servicio o a la conclusión del acuerdo se lleva a cabo en condiciones de insuficiente

⁵⁴ <http://www.cncompetencia.es/Inicio/AyudasPublicas/Informes/tabid/218/Default.aspx>.

grado de publicidad y concurrencia, en particular cuando se concluyen convenios negociados directamente con la entidad. La ausencia de la debida publicidad y concurrencia restringe o elimina la posibilidad de que ciertos operadores puedan acceder a prestar los servicios contemplados en estas campañas sin que se identifiquen las causas justificativas pertinentes contempladas en la normativa de contratación pública, por lo que no cabe descartar la existencia de una ventaja económica para las receptoras de estos fondos públicos.

- ii) Cuando las aportaciones económicas no reflejan precios de mercado.

Si los importes abonados por los entes públicos no estuviesen orientados a precios de mercado se estaría produciendo una clara ventaja económica para la empresa adjudicataria. Si bien, puede resultar complejo identificar el precio de mercado del conjunto de estas actuaciones, si el coste económico que para las empresas supone la prestación de los servicios objeto del contrato o del convenio de promoción publicitaria, unido en su caso a un beneficio razonable, fuera muy inferior a las cantidades que los entes públicos abonan a las mismas, constituiría una evidencia más de la existencia de una ventaja económica.

- iii) Cuando suponen la concesión de otras ventajas o beneficios adicionales.

Por tanto, para demostrar que los entes públicos que financian estas campañas se comportan con sujeción al principio del inversor en una economía de mercado, convendría aportar un plan de negocio que acreditara las perspectivas de rentabilidad que presenta la acción en concreto. En otro caso, podría reunir los requisitos para ser consideradas, siquiera indiciariamente, ayudas públicas, en el sentido del art. 107.1 TFUE.

F. AYUDAS DE SALVAMENTO Y REESTRUCTURACIÓN

El Comisario Almunia explicó⁵⁵ que los clubes de fútbol profesionales «no deberían pedir ayuda a los contribuyentes ante las dificultades financieras» y que «si aun así se les da respaldo económico, debe garantizarse que cumplan con las reglas de ayudas de Estado para empresas en dificultades». Se remitía el comisario, a nuestro entender, a la Comunicación de la Comisión sobre las «Directrices Comunitarias sobre ayudas estatales de Salvamento y Reestructuración de empresas en crisis (2004/C 244/02)» en las que la Comisión expone los criterios para la concesión de ayudas a empresas en situación de dificultad.

Así, las ayudas de salvamento tienen como objetivo principal permitir que una empresa en crisis se mantenga en activo durante el tiempo necesari-

⁵⁵ *El País*, 7 de marzo de 2013.

rio para elaborar un plan de reestructuración o de liquidación. El principio general consiste en que la ayuda de salvamento permite prestar un apoyo temporal a una empresa que se enfrenta a un deterioro importante de su situación financiera, el cual se refleja en una grave crisis de liquidez o en una insolvencia técnica.

Dicho apoyo temporal permite disponer de tiempo para analizar las circunstancias que dieron lugar a la crisis y para desarrollar un plan adecuado para resolverlas dificultades. Además, la ayuda de salvamento debe limitarse al mínimo imprescindible. La ayuda de salvamento no puede ser superior a seis meses y debe consistir en ayudas de tesorería en forma de garantías sobre préstamos o en préstamos, con un tipo al menos comparable a los aplicados a los préstamos concedidos a empresas saneadas y especialmente a los tipos de referencia adoptados por la Comisión.

Por el contrario, las medidas estructurales que no requieran una acción inmediata, como la participación del Estado en los fondos propios de la empresa, no pueden financiarse mediante ayuda de salvamento, sino mediante ayuda a la reestructuración. La Comisión solo podrá autorizar estos regímenes de ayuda de reestructuración si la concesión de las ayudas se supedita a la ejecución plena por parte del beneficiario de un plan de reestructuración previamente aprobado por el Estado miembro y que cumpla las condiciones dispuestas en las Directrices de salvamento y reestructuración antes mencionadas (retorno a la viabilidad, prevención del falseamiento indebido de la competencia, ayudas circunscritas al mínimo necesario y modificación del plan de reestructuración sujeta a las normas de ayudas a la reestructuración).

Es probable por tanto, dada la difícil situación financiera en la que se encuentran muchos clubes, que las ayudas otorgadas por entidades públicas que actualmente son objeto de análisis por la Comisión, terminen evaluándose a la luz de los criterios de las ayudas a la reestructuración y salvamento y podrían autorizarse si reúnen los parámetros exigidos.

4. CONCLUSIONES

La financiación de las actividades del sector deportivo en general y de los clubes de fútbol en particular se ha mantenido normalmente al margen de la normativa y el control de las ayudas de Estado que ejerce la Comisión Europea. Sin embargo, y quizá favorecido por la opinión pública, se está produciendo un cambio en la óptica de esta cuestión, y en el interés por parte de esta y de los Estados miembros que han intensificado su labor inspectora. Como consecuencia de este incremento de las investigaciones, equipos renombrados pueden ver su continuidad en entredicho, pero dado que ciertas prácticas se hallan extendidas entre los clubes, podría convertirse este en un nuevo motivo de denuncias y «batallas» extradeportivas entre ellos.

Aunque en el caso de muchos equipos las normas sobre financiación pública puedan incidir directamente en su viabilidad, lo cierto es que

las prohibiciones que recaen sobre la mayor parte de las prácticas que se encuentran en investigación no son del todo absolutas sino que aún queda margen de maniobra para que la Comisión pueda autorizar determinadas actuaciones, siempre que encuentren fundamento en los precedentes y en la normativa que determina la compatibilidad de dicha financiación.

5. BIBLIOGRAFÍA RELACIONADA

- COMISIÓN EUROPEA, http://ec.europa.eu/sport/what-we-do/state-aid_en.htm.
- KÖHLER, M., «Civil Law Consequences of Unlawful Aid - State Guarantees and the Problem of the Recovery of Aid», *European State Aid Law Quarterly* (1/2013).
- MEDERER, W. *et al.*, *EU Competition Law. State Aid*, vol. IV, Claeys & Casteels.
- NICOLAIDES, Phaedon, *Public Funding of Stadiums and Arenas*, June 12, 2013, <http://www.lexion.eu/training/stateaidblog/2013/06/12/39-public-funding-of-stadiums-and-arenas>.
- VAN DER WOUDE, M., y OLZA MORENO, L., «Overview of the Case Law in State Aid Matters: June 2011 to June 2012», *European State Aid Law Quarterly* (2/2013).

COMPETENCIA Y SECTOR AGROALIMENTARIO

Beatriz DE GUINDOS TALAVERA *

Subdirectora de Industria y Energía
Dirección de Competencia
CNMC

1. INTRODUCCIÓN

La aplicación de la política de competencia, tanto a nivel nacional como comunitario, destaca por su carácter horizontal, abarcando el conjunto de sectores de la economía en los que se persigue el respeto de las reglas del mercado y una sana competencia entre los operadores presentes en el mismo. El sector agroalimentario, por tanto, no escapa a este enfoque uniforme de la normativa *antitrust*, si bien con frecuencia se alzan voces defendiendo que, dado que sus características peculiares lo convierten en un sector más vulnerable que otros a las condiciones de mercado, debería estar exento de la aplicación del Derecho de la competencia.

El debate a este respecto se ha visto reavivado durante el último año como consecuencia del llamado «Paquete Lácteo», aprobado por el Parlamento y el Consejo Europeo el pasado 14 de marzo de 2012 y que ha venido a ampliar, en el caso concreto del sector lácteo, las limitadas excepciones que contempla la normativa comunitaria agraria a la aplicación de las normas de competencia. En efecto, la crisis desatada en algunos mercados agroalimentarios como ha sido el caso del mercado lácteo desde 2007, ha llevado consigo la creación de grupos de trabajo, foros e iniciativas legislativas que, en algunos casos, chocaban frontalmente con el mantenimiento de las normas de competencia en dichos sectores, lo que a su vez ha redundado en un esfuerzo de las autoridades de competencia por demostrar las bondades de una aplicación estricta y común de la política de defensa de la competencia precisamente para paliar las situaciones de crisis que atraviesan estos sectores y buscar soluciones alternativas más eficientes para atajar los posibles problemas estructurales.

En este contexto se han llevado a cabo en paralelo las negociaciones para la reforma de la PAC que han culminado con el acuerdo de 26 de

* Las opiniones expresadas en el presente artículo son personales de la autora y, por tanto, de su exclusiva responsabilidad.

junio de 2013 de la Comisión, el Consejo y el Parlamento Europeo. En el marco de dichas discusiones la aplicación de las normas de competencia ha cobrado especial protagonismo, poniendo de manifiesto de nuevo las posturas encontradas de los defensores y los detractores de la aplicación de la política *antitrust* al sector agrícola.

El último año ha supuesto, por tanto, un momento histórico en el sector de gran relevancia también para las autoridades de competencia, que ha obligado a una profunda reflexión sobre la actuación de estas en materia agroalimentaria, en un intento de convencer a todos los agentes afectados (legisladores, operadores y asociaciones sectoriales) de la importancia de mantener un *status quo* y frenar los intentos de excepcionar al sector de la aplicación de las normas de competencia.

En lo que respecta a España, la ahora extinta Comisión Nacional de la Competencia (CNC) ha mantenido desde el inicio de este intenso debate una postura claramente a favor de una normativa de competencia uniforme y sin excepciones aplicable a todos los sectores, incluido el agroalimentario. Esta firme defensa se ha visto reflejada en todos los ámbitos de actuación de la autoridad de competencia, tanto en la instrucción y resolución de expedientes, ya fueran expedientes sancionadores o concentraciones, como, muy especialmente, desde la labor de *advocacy*, en un intento, por una parte, de demostrar las ventajas de la aplicación de la normativa de competencia también al sector agrícola y, por otro, de ofrecer directrices sobre los límites que esta impone y, al mismo tiempo, algunas alternativas a los problemas, tanto estructurales como coyunturales derivados de la situación económica, por los que atraviesan los agentes del sector agroalimentario.

En definitiva, en un momento de cambio normativo trascendental a nivel sectorial y de especiales dificultades económicas en el sector agroalimentario, este no ha pasado desapercibido para las autoridades de competencia que, muy al contrario, han defendido enérgicamente que la solución no está en apartar al sector de los mecanismos de defensa de la libre competencia sino que, por el contrario, estos pueden ayudar a combatir el poder de mercado que desde algunos eslabones de la cadena agroalimentaria pueden llegar a producirse dados los desequilibrios existentes en la misma, al tiempo que se contribuye al mantenimiento de una oferta y precios razonables para el consumidor final.

Lejos del discurso meramente teórico, la actuación concreta por parte de las autoridades de competencia en el sector agrario en los últimos años, y en particular, la de la CNC en los cinco primeros años de vida de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), pone de manifiesto la importancia que las mismas prestan al sector desde las perspectivas tanto de instrucción y resolución de procedimientos (*enforcement*) como de promoción de la competencia (*advocacy*) en dichos mercados.

2. DERECHO DE LA COMPETENCIA Y SECTOR AGROALIMENTARIO. EL PAQUETE LÁCTEO Y LA REFORMA DE LA PAC

A. PRINCIPIOS BÁSICOS DE APLICACIÓN Y EXCEPCIONES

Con carácter general, las normas de competencia se aplican íntegramente en el sector agrario, aunque existen ciertas excepciones según lo estipulado en el art. 42.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). Según recoge dicho artículo, las normas de competencia «se aplican a la producción y comercialización de productos agrícolas solo hasta el extremo determinado por el Parlamento y el Consejo Europeo dentro del marco del artículo 43.2 y de acuerdo con el procedimiento establecido para ello, teniendo en cuenta los objetivos establecidos en el artículo 39».

Las reglas actualmente existentes de producción y comercialización específicas del sector agrario y que desarrollan el art. 42.1 TFUE se pueden encontrar en el Reglamento (CE) 1234/2007, conocido como el Reglamento de la Organización Común de los Mercados Agrícolas (la llamada *OCM Única*), que establece una organización común de los mercados para ciertos productos agrícolas incluidos en el anexo I del TFUE y en el Reglamento 1184/2006, que se aplica a los productos incluidos en el anexo I del TFUE y que no están regulados por la OCM.

Los reglamentos de productos agrícolas expresamente afirman que las normas de competencia contenidas en los arts. 101 a 106 del TFUE se aplican a todos los acuerdos, decisiones y prácticas que estén relacionadas con la producción o el comercio de productos agrícolas, a menos que se prevea lo contrario en estos reglamentos. El principio básico de aplicación de las normas de competencia al sector agrícola se predica igualmente en el caso de legislación secundaria aprobada sobre la base de estas provisiones del Tratado, como es el Reglamento Europeo de Concentraciones (Reglamento 139/2004), que se aplica a las concentraciones que se produzcan en el ámbito de la agricultura.

En particular, el art. 175 de la OCM prevé expresamente la aplicación de las normas de competencia a todos los acuerdos, decisiones y prácticas relativos a la producción y comercialización de los productos regulados en la OCM.

En lo que respecta a las excepciones, debe señalarse que el art. 102 TFUE, que prohíbe los abusos de posición dominante, se aplica en toda su extensión en el sector agrario sin que quepan excepciones a este respecto. Por el contrario, la legislación específica agrícola permite ciertas excepciones a la aplicación del art. 101.1 TFUE, que prohíbe acuerdos, decisiones o prácticas restrictivas de la competencia. En particular, el art. 176.1 del Re-

glamento de la OCM¹ y el art. 2.1 del Reglamento 1184/2006² contemplan las excepciones a la aplicación del art. 101.1 TFUE, que no se aplicará a los acuerdos que i) sean parte integral de una organización nacional de mercados, o ii) sean necesarios para la consecución de los objetivos del art. 39 del TFUE³. Sin embargo, dicho artículo aclara que la excepción no puede aplicarse cuando el acuerdo en cuestión suponga que «existe la obligación de aplicar precios idénticos», a menos que la Comisión compruebe que la competencia queda de este modo excluida o que se ponen en peligro los objetivos del art. 39 del Tratado. Además, en el punto 2 de dicho artículo⁴ (así como en el art. 2.2 del Reglamento 1184/2006) se recoge expresamente que es la Comisión Europea quien tiene competencia exclusiva para determinar qué prácticas cumplen esas condiciones para la excepción.

Finalmente, existen otras excepciones a la aplicación del art. 101.1 TFUE si bien resultan de aplicación solo a las Organizaciones Interprofesionales (OI) de determinados productos.

Las OI están formadas por representantes de actividades económicas relacionadas con la producción, comercio o procesamiento de productos en unos pocos sectores, tal y como se establece en el art. 123 de la OCM Única. Sus miembros, por tanto, deben incluir a agricultores, distribuidores, procesadores y fabricantes de un determinado sector económico. Existen reglas comunes para el reconocimiento y funcionamiento de las OI en el sector de las frutas y hortalizas, tabaco, vino, aceitunas y aceite de oliva a nivel europeo. De acuerdo con el Reglamento la OCM única, las OI pueden crearse para perseguir fines específicos relacionados con el sector donde operan. Por ejemplo, en los sectores de las frutas, hortalizas y vitivinícola las OI pueden realizar actividades que incluyen, entre otras, mejorar el co-

¹ El art. 176.1 de la OCM establece:

«El artículo 81, apartado 1, del Tratado no se aplicará a los acuerdos, decisiones y prácticas mencionados en el artículo 175 del presente Reglamento que sean parte integral de una organización nacional de mercados o necesarios para la consecución de los objetivos que se establecen en el artículo 33 del Tratado.

En particular, el artículo 81, apartado 1, del Tratado no se aplicará a los acuerdos, decisiones y prácticas de agricultores, de asociaciones de agricultores o de asociaciones de estas asociaciones pertenecientes a un solo Estado miembro que afecten a la producción o a la venta de productos agrícolas, o a la utilización de instalaciones comunes de almacenamiento, tratamiento o transformación de productos agrícolas, y en virtud de los cuales no existe la obligación de aplicar precios idénticos, a menos que la Comisión compruebe que la competencia queda de este modo excluida o que se ponen en peligro los objetivos del artículo 33 del Tratado».

² El contenido de dicho artículo es esencialmente el mismo que el del art. 176.1 de la OCM.

³ Estos objetivos son: a) eficiencia en la producción; b) mantenimiento de los niveles de vida de las comunidades agrícolas; c) estabilización de los mercados; d) asegurar la oferta, y e) asegurar la provisión de productos a los consumidores a precios razonables.

⁴ De acuerdo con el art. 176.2 de la OCM:

«Previo consulta a los Estados miembros y audición de las empresas o asociaciones de empresas interesadas, así como de cualquier otra persona física o jurídica que considere apropiada, la Comisión tendrá competencia exclusiva, supeditada al examen del Tribunal de Justicia, para determinar, mediante decisión que deberá publicarse, qué acuerdos, decisiones y prácticas cumplen las condiciones que se especifican en el apartado 1.

La Comisión llevará a cabo esa determinación, bien por propia iniciativa, bien a petición de la autoridad competente de un Estado miembro o de una empresa o asociación de empresas interesada».

La redacción del art. 2.2 del Reglamento 1184/2006 es esencialmente la misma.

nocimiento y transparencia del mercado, ayudar a coordinar de mejor manera el modo en que los productos se distribuyen en el mercado, en particular por medio de investigaciones y estudios de mercado, fijar contratos tipo compatibles con las normas de la UE o desarrollar métodos e instrumentos para mejorar la calidad del producto en todas las fases de producción y comercialización.

La legislación de competencia es aplicable en su totalidad a las OI de acuerdo con la OCM Única. No obstante, esta permite ciertas limitaciones a la aplicación del art. 101.1 TFUE en acuerdos, decisiones y prácticas concertadas que tengan como objeto las actividades que las OI pueden llevar a cabo de acuerdo con la propia OCM, si bien prácticas como fijación de precios, limitación de la producción y reparto de mercados no están permitidas, estén o no relacionadas con las actividades anteriores.

En definitiva, puede concluirse que bajo el hasta ahora vigente reglamento de la OCM Única, existen una serie de excepciones a la aplicación, exclusivamente, del art. 101 TFUE en el sector agrario y siempre bajo determinados supuestos restrictivos que afectan tanto a los agentes como al tipo de acuerdo que puede quedar al amparo de dichas excepciones, así como a la competencia exclusiva de la Comisión para determinar qué prácticas cumplen los requisitos para acogerse a las mismas.

B. LA REFORMA DE LA PAC

El 18 de noviembre de 2010, la Comisión Europea publicó su «Comunicación sobre la Política Agraria Comunitaria Horizonte 2020», en la que planteaba como pilares de la reforma de la Política Agraria Común (PAC) dos elementos: i) el nuevo marco de ayudas de pago directo, encaminado a potenciar especialmente la figura del agricultor en activo, y ii) el impulso de las políticas de desarrollo rural, mediante mecanismos de mercado que favorezcan la concentración y la ordenación de la oferta en aras de un mayor equilibrio de la cadena de valor agroalimentaria.

Posteriormente, el 12 de octubre de 2011, la Comisión presentó una serie de proposiciones normativas diseñadas para hacer de la PAC una política más efectiva para el desarrollo de una agricultura más competitiva y sostenible. Se sientan de este modo las bases para las discusiones y debates de la reforma de la PAC, con la que se persigue asegurar que la competitividad de la agricultura europea salvaguarde la seguridad de suministro, estableciendo para ello las bases de una competitividad a largo plazo que sea social, ambiental y económicamente sostenible y simplificando la aún vigente PAC.

Tras un intenso debate, el pasado 26 de junio de 2013 el Parlamento Europeo, el Consejo de Ministros de la UE y la Comisión Europea han alcanzado un acuerdo sobre la reforma de la PAC⁵ que entrará en vigor a

⁵ Véase <http://ec.europa.eu/agriculture/cap-post-2013>.

partir de enero de 2014⁶. Tal y como recoge el comunicado de prensa oficial tras el acuerdo⁷, la reforma pactada traerá consigo cambios profundos: hará los pagos directos más equitativos y más ecológicos, reforzará la posición de los agricultores en la cadena alimentaria y aumentará la eficacia y la transparencia de la PAC. Con el acuerdo alcanzado, los países de la UE quieren hacer frente a los desafíos que representan la seguridad alimentaria, el cambio climático, el crecimiento y el empleo en las zonas rurales.

Desde un punto de vista de política de competencia y los desequilibrios inherentes al sector, la reforma persigue la mejora de la competitividad del sector agrícola y el incremento de su aportación de valor añadido en la cadena alimentaria. Durante los debates que han precedido al acuerdo sobre el futuro de la PAC, muchos participantes han destacado la merma en la cuota de valor añadido de los agricultores como resultado de la enorme fragmentación de este eslabón de la cadena alimentaria en comparación con otros mejor organizados y con mayor poder de negociación. Esta visión es compartida por resoluciones recientes del Parlamento Europeo e investigaciones sobre la posible reforma de la PAC.

Todo ello ha conducido a que en el acuerdo alcanzado se haya acompañado la orientación al mercado de la agricultura europea de nuevos medios asignados a los agricultores para reforzar su posición. Así, se promoverán las organizaciones profesionales e interprofesionales con normas específicas en materia de Derecho de la competencia en determinados sectores, concretamente, en la leche, la carne de vacuno, el aceite de oliva y los cereales. Estas organizaciones podrán negociar contratos de venta en nombre de sus miembros y obtener así un mayor poder de negociación. Para ello, la Comisión deberá adoptar directrices sobre las implicaciones para la normativa de competencia de estas novedades y de las condiciones y salvaguardas previstas para su aplicación. Las reglas asociadas al reconocimiento de las Organizaciones de Productores y las Organizaciones Interprofesionales se extenderán a todos los sectores si bien se prevé que los Estados miembros como norma no reconocerán las OP que tengan una posición de dominio en el mercado relevante, cuestiones que necesariamente deberán concretarse en las mencionadas directrices que la Comisión Europea se ha comprometido a elaborar⁸.

En todo caso, el acuerdo alcanzado mantiene el principio básico de aplicación con carácter general de los arts. 101 y 102 TFUE al sector agrícola

⁶ Con excepción de la nueva estructura de pagos directos (ayudas destinadas al componente verde, ayudas adicionales a jóvenes agricultores, etc.) que entrará en vigor a partir de 2015, para que los EEMM puedan informar adecuadamente a los agricultores sobre la nueva PAC y puedan adaptar sus sistemas informáticos de gestión de la misma.

⁷ Comunicado de Prensa de la Comisión Europea de 26 de junio de 2013, IP/13/613.

⁸ Otras novedades de la Reforma de la PAC son la supresión de las cuotas de azúcar en 2017 y la introducción de un mecanismo dinámico de gestión de autorizaciones de plantación en el sector vitivinícola a partir de 2016, así como nuevos mecanismos de gestión de crisis (gestión temporal de cantidades comercializadas por los productores, creación de una reserva de crisis financiada anualmente con la reducción de los pagos directos y se revisarán los sistemas actuales de intervención pública y ayudas al almacenamiento privado para garantizar una mejor respuesta de estos y una mayor eficiencia en su aplicación).

si bien, como se ha señalado, se han introducido ciertas derogaciones limitadas en nuevos productos que están basadas en las ya existentes para otros productos (frutas y hortalizas y, más recientemente como se verá a continuación, la leche).

Finalmente, con fecha 24 de septiembre de 2013, el Parlamento Europeo, el Consejo de Ministros de la UE y la Comisión Europea han alcanzado un acuerdo político sobre una serie de aspectos de la reforma de la PAC (en el contexto del Marco Financiero Plurianual 2014-2020) que quedaban pendientes después del acuerdo político sobre la reforma alcanzado el 26 de junio⁹.

C. EL PAQUETE LÁCTEO

Además de la reforma de la PAC, y con carácter previo al acuerdo alcanzado para 2014, se han introducido recientemente a nivel de comunitario reglas específicas para el sector lácteo. Concretamente, en marzo de 2012 se aprobó el llamado Paquete Lácteo (Reglamento 261/2012, de 14 de marzo de 2012) que modifica la OCM Única en lo que atañe a las relaciones contractuales en el sector de la leche y de los productos lácteos. Dicho reglamento ha sido adoptado por la Comisión y el Consejo a partir de una propuesta de la Comisión de diciembre de 2010.

Las enmiendas introducidas por el Reglamento 261/2012 establecen ciertas excepciones temporalmente limitadas a la aplicación de las normas de competencia en el sector lácteo, lo que permite a los productores lácteos bajo ciertas condiciones específicas participar en negociaciones colectivas y acordar precios comunes para las entregas de leche cruda. Concretamente, con su aprobación se permite a los productores la negociación colectiva (a través de una Organización de Productores o una Asociación de Organizaciones de Productores) de los contratos de entrega de la leche cruda, incluidos precios que pueden pasar a fijarse de manera conjunta. Dicha excepción establece, sin embargo, algunos límites que se concretan en determinados porcentajes de producción de leche cruda de la UE y de producción y entrega de leche cruda en el Estado miembro afectado, que no pueden superarse para poder aplicar la excepción.

No obstante, el Paquete Lácteo también introduce salvaguardas específicas que potencian el papel de las autoridades nacionales de competencia y de la Comisión Europea para intervenir si esos acuerdos suponen un perjuicio grave para las pequeñas y medianas empresas transformadoras de leche cruda o si suponen una exclusión de la competencia en el mercado.

⁹ Los nuevos puntos acordados se refieren a la «disminución progresiva» obligatoria y los «límites máximos» voluntarios del sistema de pagos directos, la convergencia exterior en la dotación nacional para pagos directos o la posibilidad de transferir hasta un 15 por 100 de su dotación nacional para pagos directos a la dotación para desarrollo rural, así como otras cuestiones relativas a la política de desarrollo rural (asignaciones nacionales y porcentajes máximos de cofinanciación).

Por otra parte, el Reglamento lácteo prevé determinadas excepciones a la aplicación del art. 101.1 TFUE a los acuerdos de OI sector lácteo que persigan un objetivo específico, que podrá referirse, en concreto, a: i) la concentración y coordinación de la oferta y la comercialización de los productos de los afiliados; ii) la adaptación conjunta de la producción y la transformación a las exigencias del mercado y la mejora de los productos; iii) el fomento de la racionalización y la mejora de la producción y la transformación, y iv) la realización de estudios sobre los métodos de producción sostenible y la evolución del mercado.

La adopción del Paquete Lácteo responde a unas circunstancias muy específicas derivadas de la situación por la que atraviesa el sector en los últimos años¹⁰ y se basa en las recomendaciones hechas por el denominado Grupo de alto nivel sobre la leche. Este Grupo, en el que también estuvieron representadas las autoridades nacionales de competencia, se creó en octubre de 2009 por la Comisión Europea para analizar soluciones a medio y largo plazo para el sector lácteo en medio de la excepcional crisis del sector de 2007-2009 que le afectó significativamente y de cara a la desaparición de las cuotas lácteas para 2017. A pesar de las excepciones temporales introducidas por este reglamento, la legislación de competencia continúa aplicándose en el sector lácteo.

D. LA RELACIÓN ENTRE LA LEGISLACIÓN DE COMPETENCIA NACIONAL Y LA PAC

Al igual que ocurre con el resto de los sectores económicos, la legislación nacional de competencia de cada Estado miembro puede aplicarse a acuerdos relativos a mercados regulados a nivel europeo por la OCM. La aplicación de las normas nacionales es particularmente importante en los casos en los que no se aplica la normativa europea por falta de efecto sobre el comercio intracomunitario de los acuerdos objeto de investigación. Por tanto, la aplicación de la normativa nacional de competencia no está en conflicto con el art. 39 TFUE o con el Reglamento OCM, si bien, de acuerdo con los principios generales de la legislación europea, las autoridades nacionales de competencia se abstendrán de tomar cualquier medida que pueda socavar o crear excepciones al mercado común.

En lo que respecta a la reforma de la PAC y el Paquete Lácteo anteriormente descritos, con carácter adicional a su aplicación directa en España por su carácter reglamentario, estos han tenido un claro reflejo en las novedades normativas del sector agroalimentario español del último año. Así, por una parte, se han aprobado dos Reales Decretos Lácteos que vienen a concretar aspectos que el Reglamento 261/2012 dejaba abierto a los

¹⁰ Tal y como se recoge en la Exposición de motivos del Reglamento aprobado, «en el periodo comprendido entre 2007 y 2009, se produjeron acontecimientos excepcionales en los mercados del sector de la leche y de los productos lácteos, que provocaron finalmente una caída de los precios en 2008-2009».

EEMM, como es la obligatoriedad de formalizar los contratos lácteos por escrito a los que España se ha acogido. Por otra parte, y tras una larga tramitación parlamentaria, se ha aprobado recientemente la Ley 12/2013, de 2 de agosto, de medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria y reducir el desequilibrio entre las operaciones de comercio en beneficio del sector y del consumidor. Con su aprobación, se crean el Observatorio de la Cadena Alimentaria y Códigos de Buenas Prácticas cuyos objetivos se sitúan en línea con los adoptados en el marco de la PAC Horizonte 2020. La norma pretende atajar determinados comportamientos detectados que podrían juzgarse como abusivos o desleales y, en todo caso, ineficientes, que perjudican al eslabón vendedor (es decir, el productor) frente al comprador dado el mayor poder de negociación de este. Las medidas recogidas están encaminadas a favorecer la estabilidad y transparencia del contenido de las relaciones jurídicas (exigiendo su forma escrita obligatoria), tipifican expresamente ciertos comportamientos como ilícitos (prácticas abusivas) y se prevé un sistema de control y sanción que se desdobra en autorregulación (mediante códigos de conducta voluntarios) y un régimen sancionador de naturaleza administrativa.

Sobre estas iniciativas y, en concreto, sobre sus implicaciones para el mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados, se ha pronunciado la CNC mediante la emisión de los respectivos informes sobre estos proyectos normativos en la fase de tramitación previa, como se analizará posteriormente.

3. LA POSICIÓN COMÚN DE LAS AUTORIDADES NACIONALES DE COMPETENCIA

Durante todo el proceso de reflexión, debate y reforma final de la PAC, las autoridades europeas de competencia han mantenido un estrecho seguimiento de las discusiones, participando en los foros correspondientes y, en particular, coordinado su posición desde el grupo específico creado en el marco de la ECN (*European Competition Network*). En efecto, han sido más de dos intensos años de análisis, recopilación de ideas, reuniones e incluso comunicados oficiales¹¹ que han permitido aunar y manifestar los esfuerzos de muchas autoridades nacionales, junto con los servicios de Competencia de la Comisión Europea, por demostrar la necesidad de seguir aplicando la normativa de competencia a este sector y evitar que la reforma de la PAC introdujera una derogación general del derecho *antitrust* en el sector agrícola como pedían algunas voces en los debates sectoriales.

Como resultado del trabajo realizado, en mayo de 2012 se publicó un informe¹² elaborado por la Comisión en colaboración con la Red Europea

¹¹ http://ec.europa.eu/competition/sectors/agriculture/resolution_nca_en.pdf.

¹² *Report on competition law enforcement and market monitoring activities by European Competition Authorities in the food sector*, mayo 2012 (http://ec.europa.eu/competition/ecnr/food_report_en.pdf).

de Competencia (REC)¹³ que demuestra los beneficios para proveedores y consumidores de la aplicación de la normativa de competencia en el sector alimentario en toda Europa. El informe pone de manifiesto que el sector alimentario ha sido una prioridad para las autoridades europeas de competencia en los últimos años y que la acción de estas se ha intensificado desde que surgió la crisis de los precios de los alimentos en 2007. Dicho informe se estructura en dos grandes apartados: la distribución de competencias entre la Comisión Europea y las autoridades nacionales de competencia en esta materia y las normas especiales que rigen para la aplicación de las normas de competencia al sector agrario.

En primer lugar, el estudio establece que, en lo que respecta a las conductas restrictivas de la competencia en el sector agroalimentario, al igual que en el resto de sectores, la aplicación del Derecho comunitario por la Comisión o una autoridad nacional dependerá de la afectación al comercio intracomunitario, para lo cual resulta de aplicación la presunción *iuris tantum* según la cual no es probable que haya afectación intracomunitaria si las partes implicadas en la conducta tienen cuota de mercado inferior al 5 por 100 y un volumen de negocios no superior a los 40 millones de euros, tal y como se recoge en la Comunicación de la Comisión con las Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los arts. 81 y 82 del Tratado (actuales arts. 101 y 102 TFUE) (2004/C 101/07)¹⁴. Existen, por tanto, competencias paralelas, siendo el principal criterio para determinar la autoridad mejor posicionada el análisis de los efectos de la práctica, de manera que si la práctica afecta de forma sustancial a la competencia principalmente dentro del territorio de una autoridad nacional de competencia, será esta la mejor posicionada para su análisis. El informe concluye, en términos generales, que el ámbito geográfico y las específicas características estructurales de muchos mercados alimentarios en cada Estado miembro normalmente conllevan que sean las autoridades nacionales de competencia las mejor posicionadas para aplicar las normas de competencia. En lo que respecta al control de las concentraciones económicas en este sector, el informe descarta dudas sobre la jurisdicción competente puesto que se trata de competencias exclusivas en función de los umbrales de notificación comunitarios y nacionales, existiendo un detallado sistema de reenvíos a la Comisión y desde la Comisión a los EEMM en caso de cumplirse una serie de requisitos que hagan que la autoridad mejor posicionada no sea, en determinados casos, la competente en función de dichos umbrales, pudiendo corregirse la situación mediante el reenvío del caso.

En segundo lugar, el Informe describe de manera profusa las normas generales de la relación entre la política de competencia en la UE y la PAC y las excepciones limitadas existentes. Así, recoge las excepciones anteriormente señaladas en relación con el art. 101.1 TFUE, con las limitaciones específicas establecidas en el art. 176.1 de la OCM Única. El informe

¹³ La REC reúne a la Comisión Europea y a las autoridades de competencia de los 27 Estados miembros.

¹⁴ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2004:101:0081:0096:ES:PDF>.

insiste, en todo caso, en que como todas las excepciones a una norma, los Tribunales europeos las han interpretado de manera restrictiva y detalla las tres excepciones, que han tenido un papel muy limitado en la práctica:

- Acuerdos relativos a organizaciones nacionales de mercado. Esta excepción se ha convertido en obsoleta debido a la progresiva introducción de organizaciones comunes de mercado a nivel europeo para productos agrícolas (actualmente regulados bajo el Reglamento OCM Única).
- Acuerdos necesarios para alcanzar los objetivos del art. 39 TFUE. La jurisprudencia de los Tribunales europeos requiere que para beneficiarse de esta excepción los acuerdos deban cumplir todos los objetivos del art. 39 TFUE. En este contexto, un acuerdo por el que los agricultores simplemente fijen precios para aumentar su nivel de vida no cumpliría en particular uno de los requisitos del art. 39 TFUE, el de asegurar la provisión de productos a los consumidores a precios razonables. Asimismo, dado que el Reglamento que establece la OCM única tiene en cuenta los objetivos establecidos en el art. 39 TFUE, el campo de aplicación de esta excepción es más bien escaso.
- Acuerdos entre productores, asociaciones de productores y asociaciones de asociaciones de productores que pertenezcan a un solo Estado miembro. Esta tercera excepción exige tres condiciones acumulativas: i) que los participantes en los acuerdos sean del mismo Estado miembro; ii) que el acuerdo se refiera a la producción o venta de productos agrícolas o al uso conjunto de instalaciones para el almacenamiento y no incluya la obligación de imponer los mismos precios, y iii) que el acuerdo no impida la competencia o ponga en peligro los objetivos de la PAC.

El informe concluye que, en vista de la estricta interpretación de estas excepciones por los Tribunales europeos, parece poco probable que la gran mayoría de los acuerdos y decisiones de los productores y sus asociaciones cumplan con las condiciones para que se apliquen estas excepciones. Por ello, estos acuerdos tendrán que ser analizados bajo las normas generales de competencia que existen en particular para la producción conjunta, la comercialización conjunta y los acuerdos de cooperación que incluyen ambas.

Tal y como señala el informe, en particular resulta especialmente relevante la aplicación de estas excepciones para valorar la compatibilidad de las actividades de las Organizaciones de Productores (OP) con las normas de competencia. Como recoge el art. 122 de la OCM Única, las OP están formadas por productores agrícolas que pueden perseguir objetivos específicos, notablemente la planificación de la producción, la concentración de la oferta, la colocación en el mercado de los productos de sus miembros y la estabilización de los precios de los productores. Como los miembros de las OP son productores agrícolas independientes y su producción puede estar integrada en diferentes grados en la OP, es esencial que estas funcionen de un modo procompetitivo. Por ello, salvo que se beneficien de una de las

tres excepciones, las actividades que llevan a cabo las OP deben analizarse bajo las normas generales de competencia de la UE. El informe recalca que, bajo la normativa vigente, incluso si una OP se beneficia de una excepción, no puede restringir la competencia mediante la realización de conductas como fijación y coordinación de precios o reparto del mercado entre sus miembros.

Asimismo, el informe repasa las reglas especiales de las Organizaciones Interprofesionales (OI) y las actuaciones de estas que la OCM única ampara en algunos sectores (en concreto, frutas y hortalizas y el sector vitivinícola), como las medidas de incremento de la transparencia o el establecimiento de contratos tipo, si bien en ningún caso se les permitía hasta ahora, bajo el Reglamento 1234/2007, la fijación de precios, la limitación de la producción o el reparto del mercado, como se ha mencionado anteriormente.

Por último, el informe recoge la situación de la reforma de la PAC a fecha de su publicación (mayo de 2012), y concluye con una recopilación del conjunto de actividades (instrucción de procedimientos sancionadores, autorización de operaciones de concentración y actuaciones de promoción de la competencia) por parte de las autoridades nacionales de competencia en el sector agroalimentario, con la finalidad de demostrar que la aplicación de la normativa de competencia en el sector alimentario en toda Europa, en particular en los niveles de la transformación y la fabricación, ha beneficiado a los agricultores, proveedores y consumidores.

4. CINCO AÑOS DE APLICACIÓN DE LA LDC AL SECTOR AGROALIMENTARIO ESPAÑOL

A grandes rasgos, puede decirse que el sector agroalimentario abarca desde el eslabón productor (que conforman los agricultores) hasta la comercialización mayorista y minorista del producto final, previa transformación del mismo por parte de la industria. Cada uno de estos eslabones posee una serie de características de mercado que permiten concluir sobre la importancia del papel de las autoridades de competencia en los mismos.

En España, el sector productor se caracteriza por una enorme atomización, con pequeñas y medianas explotaciones agrarias que poseen un reducido poder de negociación frente a la industria y la gran distribución. Adicionalmente, los productos agroalimentarios son en gran medida productos básicos o de primera necesidad, que poseen una baja elasticidad-precio, lo que supone una limitada capacidad de reacción a los incrementos de precios. Por otra parte, dado que se trata en muchos casos de productos frescos y, por tanto, perecederos y las posibilidades de almacenamiento son escasas, se producen frecuentes desequilibrios a lo largo de la cadena alimentaria, conduciendo en algunos casos a ventas a pérdidas, es decir, por debajo de costes. A ello debe añadirse el amplio abanico de subsectores muy diferentes entre sí que generan importantes diferencias en los márgenes comerciales y precios finales en cada caso.

Todas estas características hacen del sector agroalimentario un ámbito en el que el papel de las autoridades de competencia resulta fundamental para mantener una competencia efectiva que asegure unos precios competitivos para el consumidor final, impida que se aprovechen los desequilibrios inherentes al mismo para llevar a cabo abusos de poder de mercado por parte de determinados agentes y para identificar y recomendar las mejores prácticas, incluido el diseño regulatorio, en dicho mercado.

Con el convencimiento de la necesidad e idoneidad de este enfoque, la ahora extinta CNC (actual Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, CNMC) ha empleado los distintos instrumentos que pone a su alcance LDC para promover una competencia efectiva en el sector agroalimentario. Durante los cinco primeros años de vigencia de la LDC, son muchos los expedientes sancionadores y de control de concentraciones instruidos en este sector, a lo que se ha unido el refuerzo de las actividades de promoción de la competencia también en este ámbito, mediante la emisión de numerosos informes sobre proyectos normativos así como la elaboración de un estudio específico sobre este sector.

Tabla 1. Concentraciones en el Sector Agroalimentario 2007-2012

— C-011/07, ABF/Activos GBI	— C-287/10, Lactalis/Sanutri
— C-015/07, Cargill/Hojiblanca	— C-314/10, Orangina Schweeps/Sunny
— C-043/08, Fuertes/Carrefour	— C-321/10, Mercacapital/Artá/Panasa
— C-069/08, Panrico/Kraft	— C-334/11, Aviagen/ Ross Breeders
— C-088/08, Campofrío/Smithfield	— C-341/11, Siro/Nutrexpa
— C-111/08, Vegamayor/Tallo Verde	— C-353/11, Ebro/SOS
— C-125/08, Nutrexpa/Cuetara	— C-355/11, Lion Capital/Activos Ardo/ Activos Bonduelle
— C-131/09, Productos del café/café Castells	— C-385/11, Lactalis/Castillo
— C-134/09, Algist/Asmussen	— C-398/11, Grupo Bimbo/Bimbo Es- paña
— C-136/09, Acor/Tereos	— C/413/11, Agrolimen/Pasa
— C-166/09, Galletas Siro/Sara Lee	— C/414/11, Damm/Cobega/Cacaolat
— C-184/09, Barry/Trade-Trade	— C/461/12, Bimbo/Fábrica de Catdes
— C-216/10, Heineken/ Emprex Cerve- zas	— C/478/12, Deoleo/Hojiblanca
— C-217/10, Lactalis/Forlasa	— C/481/12, Olam International/Seda Solubles
— C-262/10, Diego Zamora/Ambrosio Velasco	— C/482/12, Arial/Sogesol
— C-274/10, Lipsa/Cargill	— C/483/12, Nutrexpa/Artiach

Tabla 2. Expedientes sancionadores en el Sector Agroalimentario 2007-2012

— 2779/08, Consejo Regulador Jérez
— S-044/08, Propollo
— S-046/08, Asociación Fabricantes Pan Asturias
— S-053/08, Fiab y Ceopan
— S-055/08, Inprovo
— S-091/08, Vinos Finos Jérez
— S-107/08, Plataforma Mejillón
— S-195/09, Entecom
— S-202/09, Industria arrocera
— S-231/10, Productos Hortofrutícolas
— S-289/10, Industria Cárnica
— S-305/10, Uvas Denominación de Origen Valdepeñas
— S-312/10, Carpa Dorada
— S-349/11, Anfaco
— S-363/11, Cofradías de Pescadores
— S-376/11, Panaderías Pamplona
— S-378/11, Desmotadoras algodón
— S-376/11, Panaderías Pamplona
— S-425/12, Industrias lácteas 2

En lo que respecta al control *ex ante* de las concentraciones, el periodo que abarca desde la entrada en vigor de la LDC en septiembre de 2007 hasta 2012 incluido, se han notificado 32 operaciones en el sector agroalimentario. De todas ellas, únicamente una se ha autorizado con compromisos en primera fase (*Ebro/SOS*) y otra ha pasado a segunda fase, autorizándose finalmente con compromisos propuestos por las partes (*Deóleo/Hojiblanca*). El resto de las operaciones notificadas se han autorizado en primera fase sin compromisos ya que no suponían una amenaza para el mantenimiento de la competencia efectiva en los sectores afectados por las mismas.

Por su parte, la vertiente *ex post* de los procedimientos sancionadores se ha saldado en ese mismo periodo con 19 expedientes, algunos de los cuales continúan aún en tramitación. Han sido frecuentes las sanciones impuestas por recomendaciones colectivas emitidas por asociaciones sectoriales, como en el caso del sector de avicultura de carne y de puesta, pan, confitería y alimentación y bebidas en general. Asimismo, se han sancionado conductas colusorias de fijación de condiciones comerciales y reparto de

mercados, como es el caso del mejillón gallego, la fijación de precios mínimos de determinadas hortofrutícolas o la fijación de precios de venta en el caso del pan en Navarra, entre otros. Otras conductas anticompetitivas que han sido sancionadas incluyen el boicot a la compra de mejillón por parte de la industria conservera así como la difusión de una circular por parte de las asociaciones de la industria cárnica recomendando dar traslado de los costes de retirada y destrucción de los materiales específicos de riesgo (MER) a los ganadores. Por último, en el marco de las denominaciones de origen, se han sancionado diversos acuerdos relacionados con el vino de Jerez y el vino de Valdepeñas, desde la creación de un cártel para la comercialización del vino de Jerez como la adopción de acuerdos de precios de compra de uva de Valdepeñas o acuerdos sectoriales para la fijación del precio de la uva y acuerdos para fijar cupos de producción de vino, todos ellos considerados anticompetitivos, y por tanto contrarios a la LDC por parte de la extinta CNC.

Por tanto, la experiencia reciente muestra un amplio abanico de actuaciones de la CNC en diferentes mercados del sector agroalimentario, que en algunos casos han venido a limitar efectos derivados de los desequilibrios del sector productor, sancionando la conducta anticompetitiva del sector industrial, con mayor poder de negociación frente al sector productor y, por tanto, en beneficio de los agricultores y ganaderos (como es el caso del expte. S/289/10, *Industrias Cárnicas* y, más recientemente, los expedientes iniciados y tramitados contra las bodegas de Vinos de Valdepeñas —S/305/10— o los gestores de la variedad vegetal mandarina Nadorcott —S/312/10— o la apertura de un expediente contra la industria láctea aún en tramitación —S/425/12—).

Por último, en lo que respecta a las iniciativas enmarcadas en la promoción de la competencia, destaca por su interés para el sector el «Informe sobre competencia y sector agroalimentario (2010)»¹⁵. Dicho informe, que se realizó en paralelo al inicio de los debates preparatorios de la Reforma de la PAC y en un contexto de crisis en muchos de los mercados agroalimentarios, ya insistía en la idea de que el Derecho de la competencia resulta plenamente aplicable al sector agrario. El informe presta además especial atención a la participación de las Administraciones Públicas en los acuerdos entre operadores del sector agroalimentario en calidad de firmantes o auspiciadores de los mismos, lo que no impide la aplicación de la normativa de competencia a los operadores económicos que son parte de dichos acuerdos. Asimismo, analiza ejemplos de posibles acuerdos anticompetitivos (fijación de precios o de índices de referencia, producción conjunta, comercialización conjunta, almacenamiento conjunto, fijación de estándares de calidad, iniciativas de transparencia), estableciendo la necesidad de un análisis caso por caso para determinar su carácter restrictivo de la competencia.

¹⁵ <http://www.cncompetencia.es/Inicio/Informes/InformesyEstudiossectoriales/tabid/228/Default.aspx?pag=2>.

Por otra parte, en el periodo 2007-2012 se han emitido 10 informes sobre proyectos normativos o sobre iniciativas sectoriales (convenios y protocolos de colaboración). Resultan especialmente interesantes los referidos a la Ley de la cadena alimentaria, en los que la CNC ha realizado diversas consideraciones y recomendaciones. Concretamente, sobre el Anteproyecto de Ley de la Cadena Alimentaria (APLCA) sometido a informe de la CNC en 2010¹⁶, la CNC consideró, en primer lugar, que el anteproyecto no debería permitir ningún género de dudas sobre la sujeción de las Organizaciones Interprofesionales Agroalimentarias, las Organizaciones de Productores o los Consejos Reguladores, en tanto que entidades de gestión de la calidad diferenciada, a la normativa de competencia en relación con los aspectos que regulaba dicho APLCA. Solo en el caso de que la normativa sectorial comunitaria permita dicha exención podrían tales operadores sustraerse de la aplicación de tal normativa. En segundo lugar, se advertía de que la regulación contenida en determinados puntos del articulado del APLCA podía introducir una notable confusión e inseguridad jurídica en relación con la aplicación de la normativa de competencia a las conductas de los operadores del sector agroalimentario. En efecto, el APLCA introducía una norma que parecía tener como finalidad otorgar amparo legal a la negociación colectiva entre productores e industria en materia de fijación de precios y condiciones de pago, lo que supondría eliminar la competencia en el mercado en cuestión claramente más allá de lo que permite actualmente la legislación comunitaria. Asimismo, se establecía la posibilidad de que los contratos-tipo agroalimentarios pudieran incorporar determinados indicadores de precios o de costes. Por otra parte, en cuanto al modelo de protección de calidad diferenciada, se identificaban varios elementos que podían ser restrictivos de la competencia: i) las funciones que se atribuían a los Consejos Reguladores no deberían permitir dar amparo a prácticas restrictivas de la competencia por parte de dichos operadores que se encuentren fuera de lo permitido por los Reglamentos sectoriales comunitarios; ii) en referencia a la obligación de los productores de colaborar con el Consejo Regulador, se consideró que debía evitarse que dichas obligaciones permitieran realizar a dichos productores conductas restrictivas de la competencia, como pueden ser, por ejemplo, determinados intercambios de información y, por último, y iii) la CNC consideraba que debía establecerse una separación entre las funciones de gestión de la calidad diferenciada, correspondiente a los Consejos Reguladores, y el control de dicha calidad.

Por ello, en el correspondiente informe sobre el proyecto normativo se realizaron una serie de recomendaciones encaminadas a evitar generar situaciones de incertidumbre jurídica con relación a qué conductas se aplica la normativa de competencia al sector agroalimentario, porque redundaría en perjuicio de todos los agentes del mercado y se proponía corregir algunas de las modificaciones del APLCA en relación con las Organizaciones Interprofesionales Agroalimentarias y Contratos-tipo para garantizar que,

¹⁶ http://www.cncompetencia.es/Inicio/GestionDocumental/tabid/76/Default.aspx?EntryId=80629&Command=Core_Download&Method=attachment.

salvo en lo que expresamente permitido por la normativa sectorial comunitaria, las conductas de los operadores agroalimentarios afectadas por dichas normas cumplieran las normas de defensa de la competencia. Se insistía en que el APLCA debía promover un funcionamiento verdaderamente competitivo de las entidades de gestión de la calidad diferenciada, en particular estableciendo claramente la separación entre sus tareas de verificación del pliego de condiciones antes de la comercialización de los productos acogidos a alguna modalidad de calidad diferenciada y sus tareas de control de dicha calidad. Finalmente, se estimó necesario modificar la disposición adicional 1.^a del APLCA, por la que se asignaba a la Agencia para el Aceite de Oliva las funciones de verificación del pliego de condiciones antes de la comercialización para productos que excedieran del ámbito de una Comunidad Autónoma, de forma que dicha atribución se restringiera claramente a los productos relacionados con el aceite de oliva. También se aconsejaba eliminar la previsión de que, incluso en el ámbito de dichos productos, esta función fuera atribuida en exclusividad a dicha Agencia, lo que cerraría el mercado a potenciales operadores interesados en prestar dicho servicio.

Tras más de dos años de tramitación parlamentaria, la Ley de la Cadena Alimentaria ha sido finalmente aprobada, y cabe señalar que varias de las recomendaciones realizadas por la CNC han sido tenidas en cuenta, entre las que cabría destacar la inclusión de referencias explícitas al deber de cumplimiento de las normas de competencia en la aplicación de algunas de las disposiciones que prevé esta ley (como la elaboración de indicadores de precios y costes o el intercambio de información que pudiera ser comercialmente sensible) así como la reserva a la CNMC de las infracciones por incumplimiento de las obligaciones contenidas en dicha ley que afecten a la competencia efectiva de los mercados, resultando en esos casos de aplicación las disposiciones contenidas en la LDC.

5. ALGUNAS REFLEXIONES FINALES

La actividad de la extinta CNC y actual CNMC en relación con el sector agroalimentario ha sido muy intensa en los últimos cinco años y es de esperar que continúe así en el futuro. En efecto, la reforma de la PAC y, previamente, el llamado Paquete Lácteo, han introducido algunas excepciones parciales adicionales a la aplicación del Derecho *antitrust* en este sector, como es el caso de la negociación colectiva de las OP o las funciones reformadas de las OI, pero se mantiene el principio básico de su aplicación horizontal también en este sector. La instrucción de expedientes en esta materia, tanto en el ámbito de conductas como de concentraciones, así como las funciones de *advocacy* o promoción de la competencia deberán realizarse de forma paralela a la participación en los foros internacionales, especialmente mediante la colaboración en la definición en el marco de la ECN de las directrices para la aplicación de la política de defensa de la competencia al sector agroalimentario tras las novedades regulatorias introducidas y el compromiso de la Comisión Europea de desarrollar una guía práctica sobre

las implicaciones concretas para la normativa de competencia del acuerdo alcanzado a partir de 2014.

En todo caso, el esfuerzo de las autoridades nacionales de competencia, reunidas bajo el paraguas de la ECN, por trasladar su preocupación y las desventajas que tendría una derogación total de la política de competencia en este sector han dado sus frutos: se han conseguido acallar las voces que pedían una exención total del sector agrario en su conjunto y se han limitado temporalmente y con salvaguardas las excepciones aplicables, otorgando tanto a las autoridades nacionales como a la Comisión Europea la potestad para acotar la aplicación de tales excepciones, por ejemplo en caso de verse excluida la competencia o de producirse un perjuicio grave para las pequeñas y medianas empresas transformadoras. Recae, por tanto, sobre los operadores del sector agroalimentario la responsabilidad de autoevaluar si con sus conductas pueden estar incurriendo en alguna práctica restrictiva de la competencia. Ahora bien, tras el intenso debate de los últimos dos años y el acuerdo finalmente alcanzado, cabe confirmar que, con carácter general, los acuerdos de fijación de precios resultan muy dañinos para la competencia, no solo desde la perspectiva del consumidor final, sino también, a medio y largo plazo, desde la de los propios agentes de la cadena cuyos precios supracompetitivos derivados de este tipo de acuerdos podrían conducir a su desplazamiento por otros agentes más eficientes.

Todo ello garantiza aún un papel muy relevante de las autoridades de competencia en este sector, encaminado, por una parte, a mantener una sana competencia en los distintos eslabones de la cadena que asegure una oferta y unos precios competitivos y, a la vez, a ofrecer soluciones alternativas más eficientes para combatir y mitigar los efectos de los desequilibrios estructurales y coyunturales inherentes a este sector.

EL PROCESO DE CONCENTRACIÓN BANCARIA EN ESPAÑA

María Jesús MAZO VENERO

Subdirectora de Servicios
Dirección de Competencia
CNMC

1. INTRODUCCIÓN

Cuando en agosto de 2007 comienza la crisis financiera internacional, que afecta tanto a los mercados como a los sistemas financieros de todos los países de nuestro entorno, las entidades españolas aún mostraban una elevada capacidad de resistencia. El sistema bancario había alcanzado un tamaño coherente con el volumen de transacciones financieras realizadas, que el prolongado periodo de intenso crecimiento económico había situado en niveles extraordinariamente elevados; la exposición a los denominados «activos tóxicos» era prácticamente nula y los riesgos se habían gestionado de forma prudente, evitando prácticas financieras que a largo plazo se han demostrado poco recomendables, como por ejemplo, las estrategias de generar y distribuir riesgo de crédito.

Sin embargo, en 2009 las condiciones del sistema financiero español son radicalmente distintas. Tal y como publicaba el Banco de España, el elevado crecimiento económico de los años anteriores, favorecido por operaciones en el sector inmobiliario, había alterado el equilibrio tradicional del balance, generándose una alta dependencia de los mercados de deuda que, en momentos de aumento generalizado de la incertidumbre, conlleva retos especiales para la gestión de la liquidez.

Asimismo, diversos factores presionaban las cuentas de resultados de las entidades financieras: el incremento de la morosidad, como consecuencia del impacto de la crisis económica sobre la capacidad de pago; el endurecimiento de las condiciones de financiación en los mercados mayoristas, por el aumento de la percepción del riesgo, con el efecto consiguiente en los costes de financiación; y el ajuste del volumen de negocio bancario a las nuevas condiciones de demanda, que revelaba una situación clara de exceso de capacidad instalada.

A todo ello se añadía la limitación intrínseca de las cajas de ahorros para generar recursos propios de la máxima calidad (*core capital*) por métodos diferentes de la capitalización de beneficios.

Todos estos factores definían una coyuntura desfavorable para el sector financiero en general y para las cajas de ahorros en particular, lo que hacía necesario una reestructuración y redimensionamiento del sector, que se ha concretado en movimientos societarios con el objetivo de ganar solidez y mejorar la eficiencia, como medio imprescindible para favorecer la posición competitiva de las entidades y su credibilidad en los mercados, a través del incremento del tamaño medio de las entidades y del aprovechamiento de sinergias.

La mayoría de estos movimientos societarios han dado lugar a operaciones de concentración económica sometidas a la obligación de notificación, prevista por el art. 9 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, ante la Comisión Nacional de la Competencia, actual Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC). Así, desde diciembre de 2009, fecha en que se notificó la primera operación hasta el momento de redacción de este artículo (octubre 2013), han sido analizadas 34 operaciones de concentración bancaria (véase anexo 1).

Este artículo tiene por objeto describir los elementos fundamentales objeto de análisis por la CNC en las operaciones que desde diciembre de 2009 hasta octubre de 2013 han llevado a la reordenación del sector bancario español. En primer lugar, se describe la naturaleza de la mayor parte de las operaciones de concentración. En segundo lugar, el tipo de empresas afectadas por las concentraciones. A continuación se analizan las definiciones de mercado relevante de producto y geográfico. En cuarto lugar, se mencionan otros mercados no bancarios afectados en numerosas operaciones de concentración bancaria. En quinto lugar, se analizan las barreras de acceso al mercado de banca minorista. En sexto lugar, se describen las principales eficiencias derivadas de las concentraciones bancarias. Para terminar, se resume la valoración de las operaciones analizadas por la CNC.

2. ELEMENTOS OBJETO DE ANÁLISIS

Antes de entrar en el análisis, conviene recordar que las concentraciones en el sector financiero español no son una novedad. Con anterioridad al actual proceso de reestructuración bancaria, las autoridades de competencia españolas ya habían analizado algunas concentraciones entre entidades financieras, entre las que cabe destacar las de 1999 y 2000:

- C 39/99, *Banco Santander/Central Hispano*. Se trataba de una fusión por absorción de Banco Central Hispano por Banco de Santander.
- C 43/99, *CaixaVigo/Caixa Ourense/Caixa de Pontevedra*. Se trataba de una fusión mediante absorción por la que Caixa Vigo integraba a Caixa Ourense y Caixa de Pontevedra.

- C 47/99, *Banco Bilbao Vizcaya/Argentaria*. Se trataba de la fusión por absorción de Argentaria, Caja Postal y Banco Hipotecario por BBVA.
- C 51/00, *Navarra y Pamplona*. Se trataba de una fusión mediante absorción por la que la Caja de Ahorros de Navarra integraba a la Caja de Ahorros y Monte de Piedad Municipal de Pamplona.

En estos casos, se definió como mercado relevante el de la banca minorista (ya que la mayor parte de la actividad de estas entidades se dirigía a particulares y PYMES), en un ámbito territorial inferior al nacional, por entenderse que los elementos de proximidad y trato determinaban la demanda y hacían muy relevantes las oficinas comerciales.

Todas estas operaciones requirieron un análisis en profundidad, por lo que el entonces Servicio de Defensa de la Competencia acordó el paso a segunda fase al Tribunal de Defensa de la Competencia, que resolvió autorizarlas (sin condiciones o subordinadas al cumplimiento de condiciones relativas a sectores no financieros).

Las operaciones notificadas a partir de finales de 2009 y hasta octubre de 2013 se enmarcan, como se ha mencionado en la introducción, en un contexto económico y jurídico bien diferente, lo que se refleja en el diseño de las operaciones, en su número y en su análisis. A continuación se analizan los principales rasgos de estas operaciones.

A. DEFINICIÓN DE LAS OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN BANCARIA

El primer elemento de análisis en las operaciones de concentración de entidades bancarias ha sido la definición de la operación, es decir, la determinación de qué cambio de control se produce como consecuencia de la operación.

Gran parte de las operaciones de concentración han sido presentadas en los formularios de notificación, por las partes obligadas a notificar, como «la integración de cajas en un grupo consolidable de base contractual a través de Sistemas Institucionales de Protección (SIPs)», con arreglo a los cuales cada una de ellas mantiene su personalidad jurídica propia, pero integran sus negocios y actividades anteriormente independientes, cediendo la gestión y dirección de los mismos a una «Entidad Central», que se constituye como un banco de nueva creación, participado por las cajas promotoras del SIP.

Sobre la base de este diseño de integración, dependiendo del modo en que se ha previsto la toma de decisiones sobre materias reservadas y la capacidad de veto de algunas de ellas, las operaciones han sido calificadas por la CNC¹ como la adquisición por una empresa del control exclusivo sobre varias [art. 7.1.b) Ley 15/2007] o la fusión de varias entidades [art. 7.1.a)

¹ Véase anexo 1.

Ley 15/2007]. En pocos casos las operaciones se han planteado como la adquisición de control conjunto de varias entidades sobre otras [art. 7.1.c) Ley 15/2007] y sólo en una ocasión se ha notificado la adquisición de una rama de negocio [art. 7.1.b)]: la división territorial de Cataluña de BMN por parte de Lloyds Bank.

Dada la novedad que han supuesto los SIP, así como que han sido los casos de concentración bancaria más frecuentes, a continuación se exponen algunos detalles sobre cómo los ha valorado la autoridad de competencia para concluir que existía una concentración económica en el sentido del art. 7 LDC.

Los SIP son una figura creada por el Real Decreto 216/2008, de 15 de febrero, de recursos propios de las entidades financieras y la Circular 3/2008, de 22 de mayo, del Banco de España, a entidades de crédito sobre determinación y control de los recursos propios mínimos. Consisten en una organización única compuesta por varias entidades, sobre la base de un compromiso de apoyo mutuo, respecto de las que se admiten varias especialidades en la gestión de riesgos y los consumos de capital. Se contempla la posibilidad de crear un grupo consolidable de entidades de crédito sin necesidad de proceder a una fusión en sentido jurídico. En suma, un SIP supone una integración comercial, operativa y financiera de varias entidades bajo unos principios comunes de reparto de riesgos y beneficios.

Los acuerdos de integración presentados ante la CNC definen una gestión económica, comercial, operativa y de negocio conjunta en materias estratégicas, dado que las cajas pasan de ser entidades independientes a formar parte de un grupo consolidable y a estar bajo una misma unidad de decisión y control, la Entidad Central, responsable de determinar con carácter vinculante las políticas y estrategias de negocio del grupo, así como los niveles y medidas de control interno y de gestión de riesgos de todas las Cajas.

Sin perjuicio de lo anterior, con sujeción a las políticas y estrategias determinadas por la Entidad Central, las partes mantienen la gestión y la implementación de dichas políticas y estrategias en sus negocios minoristas locales en sus «territorios naturales».

Sobre la base de estos elementos y tomando como base el párrafo 10 de la Comunicación Consolidada de la Comisión sobre Cuestiones Jurisdiccionales en materia de competencia², que establece que puede darse el tipo de concentración contemplado en la letra a) del art. 3.1 del Reglamento 139/2004 sobre el control de concentraciones, esto es, una fusión entre empresas anteriormente independientes «cuando, a pesar de no producirse una fusión a nivel jurídico, la combinación de las actividades de empresas anteriormente independientes supone la creación de una única entidad eco-

² Comunicación Consolidada de la Comisión sobre Cuestiones Jurisdiccionales en materia de competencia, realizada de conformidad con el Reglamento (CE) núm. 139/2004 del Consejo, sobre el control de las concentraciones entre empresas, *DOCE* C 95/01, de 16 de abril de 2008.

nómica. Esto puede ocurrir especialmente cuando dos o más empresas, que conservan su personalidad jurídica propia, establecen mediante contrato una gestión económica conjunta o la estructura de una compañía de doble cotización. Si conduce a una fusión de facto de las empresas participantes en una única entidad económica se considera que es una operación de concentración. La existencia de una gestión económica única y permanente es un requisito previo indispensable para determinar si existe tal concentración de facto. Entre otros factores importantes, cabe mencionar la compensación interna de pérdidas y ganancias o una distribución de los ingresos entre las distintas entidades del grupo, así como la responsabilidad solidaria o la división de riesgos externos [...]», la CNC ha concluido que los SIPs, a efectos de la legislación de defensa de la competencia, son en su mayoría operaciones de concentración de las previstas en el art. 7.1.a) Ley 15/2007, esto es, fusiones³ entre empresas anteriormente independientes.

En algunos casos, sin embargo, las normas relativas al quórum de asistencia para la constitución válida del Consejo de Administración de la entidad resultante de la concentración otorgan a la «Entidad Central», generalmente un banco, el derecho a bloquear la adopción de los acuerdos en el Consejo, lo que, en la práctica, le confiere un control exclusivo negativo que lleva a la definición de las operaciones como concentraciones en el sentido de lo dispuesto en el art. 7.1.b) Ley 15/2007 (adquisición de control exclusivo).

Por otra parte, dado que los acuerdos de integración que sustentan los SIP prevén, por lo general, un periodo de vigencia de 10-15 años, durante el cual ninguna entidad puede abandonar el SIP de forma voluntaria, se entiende que se cumple el requisito de estabilidad o permanencia en el tiempo del cambio de control derivado de la concentración que exige el art. 7 LDC.

B. LAS EMPRESAS AFECTADAS EN LAS OPERACIONES

Prácticamente la totalidad de las operaciones de concentración notificadas han implicado a cajas de ahorros, si bien a medida que se avanzaba en la reestructuración han sido bancos (especialmente el Banco Sabadell y Caixa-bank) los que han adquirido cajas previamente integradas. En todo caso, a efectos del análisis sustantivo no se han hecho diferencias entre los bancos y cajas de ahorro, considerándose ambos como entidades financieras que operan fundamentalmente en banca minorista.

El proceso también ha afectado a cooperativas de crédito. Sin embargo, dado su escaso volumen de facturación y presencia relativa en los mercados bancarios, su integración no ha estado sujeta a la obligación de notificación,

³ Cabe matizar en este punto que la definición de tales operaciones como fusiones se realiza estrictamente desde el punto de vista de la legislación de defensa de la competencia, lo que no impide que a efectos mercantiles, fiscales, etc., no sean fusiones.

salvo en el caso de la integración de las Cajas Rurales del Sur, de Extremadura y de Córdoba⁴ y la fusión de Cajamar y Ruralcaja⁵.

En la siguiente tabla se refleja cómo se ha ido reduciendo el número de los distintos tipos de entidades financieras:

Tabla 1. Evolución del número de entidades de depósito españolas

	2009	2010	2011	2012
Bancos y cajas de ahorros	63	35	33	29
Cooperativas de crédito	14	15	16	14
Total de entidades de depósito españolas	77	50	49	43

Fuente: Banco de España, Memoria de la Supervisión Bancaria en España, 2012. Datos disponibles a 11 de abril de 2013.

C. DEFINICIÓN DE MERCADOS RELEVANTES

El análisis de las operaciones de concentración bancaria parte de la diferenciación de tres segmentos en el sector de la prestación de servicios bancarios:

- Banca minorista, que comprende los servicios ofrecidos a los particulares, comercios y pequeñas y medianas empresas (PYMES).
- Banca corporativa, que agrupa los servicios bancarios orientados a grandes empresas y a organismos e instituciones públicas.
- Banca de inversiones y operaciones en los mercados monetarios, que agrupa diferentes tipos de operaciones. Por un lado, servicios de asesoría sobre emisión de instrumentos, como acciones y otros títulos, admisión a cotización en mercados organizados, fusiones y adquisiciones o privatizaciones y, por otro lado, las operaciones en los mercados financieros, como adquisición y venta de títulos en mercados primarios y secundarios, operaciones en derivados, operaciones en los mercados de divisas y otros mercados monetarios.

Dada la escasa presencia de las partes involucradas en procesos de concentración bancaria en banca corporativa y de inversiones y operaciones en mercados monetarios, siempre con una cuota conjunta por debajo del 5 por 100 en España, el estudio de los efectos de las concentraciones propuestas se ha centrado en la banca minorista.

La banca minorista se caracteriza por mantener una operativa para una base amplia de clientes que efectúan un gran número de operaciones de pequeña cuantía, requiriendo de una amplia red de sucursales para satisfacer

⁴ C-0393/11, Caja Rural del Sur/Caja Rural de Extremadura/Caja Rural de Córdoba.

⁵ C-0441/12, Cajamar/Ruralcaja.

a una clientela numerosa y con frecuencia dispersa. La banca minorista es considerada el negocio tradicional de intermediación de la banca y, a su vez, se divide en distintos segmentos o productos que según su tipología pueden agruparse en:

- i) Captación de depósitos (a la vista, de ahorro y a plazo).
- ii) Concesión de créditos y préstamos (personales, de consumo, hipotecarios, etc.).
- iii) Operaciones relativas a tarjetas de crédito y débito.
- iv) Comercialización de recursos fuera de balance, como fondos de inversión, fondos de pensiones y seguros.

En consecuencia, los principales criterios utilizados por las autoridades de defensa de la competencia para evaluar la posición competitiva de las entidades de crédito en el sector de la banca minorista son: i) la captación de depósitos; ii) la concesión de créditos; iii) el número de oficinas operativas; iv) el número de cajeros automáticos; v) el número de tarjetas emitidas; vi) los fondos de inversión; vii) los seguros, y viii) los planes de pensiones.

Cabe señalar que, hasta el momento y dadas las características de las operaciones estudiadas, no se ha cerrado la cuestión de si los productos de banca minorista constituyen mercados relevantes de producto o forman parte de un único mercado de banca minorista. Ello no obsta a que en el futuro, con un grado de concentración cada vez más elevado, una demanda de servicios centrada en productos muy concretos y eventuales dificultades de los clientes para cambiar de banco prestador de servicios, pudiera ser necesario estrechar la definición de los mercados.

En cuanto al ámbito geográfico relevante, los precedentes de los extintos Servicio y Tribunal de Defensa de la Competencia, anteriormente referidos, consideraban que los servicios de banca minorista, dirigidos a particulares y a pequeñas y medianas empresas, se limitaban a un ámbito inferior al nacional. Dicha consideración se fundamentaba en factores como la diferencia de idioma, las preferencias de los consumidores por los oferentes locales, la diferente cultura de los negocios y la importancia de la red de sucursales. En el caso español se añadía, además, la diferencia entre el peso relativo de las cajas en la zona y a nivel nacional; las preferencias de los consumidores por la proximidad; la fidelización a las cajas y el predominio de oficinas a nivel local. La oficina ha sido tradicionalmente en España el canal más importante, tanto para las cajas de ahorros como para los bancos. Esta preponderancia de la oficina se debía a la importancia de la atención presencial personalizada a los clientes.

No obstante, a partir de 2000, la Comisión Europea reconoce que la introducción de la moneda única y de las nuevas tecnologías, como Internet y la banca telefónica, eliminarían paulatinamente estas diferencias determinando mercados más amplios, incluso transfronterizos.

Efectivamente, en los últimos tiempos los avances tecnológicos han permitido un considerable desarrollo en la prestación de servicios de banca

minorista a través de diferentes canales no tradicionales: el autoservicio (los cajeros automáticos han incrementado sensiblemente las operaciones que pueden gestionar), la banca telefónica, la banca *online* y la banca móvil, hasta el punto de que algunos operadores ya actúan principalmente a través de canales no tradicionales.

A todo lo anterior se une expansión de las cajas y bancos españoles en todo el territorio nacional a través de los procesos de concentración bancaria.

De acuerdo con estas consideraciones, los procesos de concentración bancaria que han tenido lugar en España desde 2009 han sido estudiados en un ámbito geográfico relevante nacional, pero analizando en todos los casos segmentos geográficos más estrechos, incluyendo aproximaciones autonómicas o incluso provinciales, para no perder de vista los efectos sobre la competencia en los territorios naturales de las entidades integradas.

Ahora bien, en la medida en que avanza el proceso de consolidación bancaria y, en consecuencia, el grado de concentración, cabe plantearse la siguiente reflexión. La definición de mercados geográficos amplios se ha basado en consideraciones de oferta, como la expansión de las cajas y bancos en todo el territorio nacional, la aplicación por esas entidades de políticas comerciales homogéneas en todo el país, el desarrollo de canales de distribución alternativos a las oficinas, como banca *online* y telefónica, etc. Sin embargo, si bien es cierto que la banca *online* y telefónica se usa cada vez más, mayoritariamente opera como complemento de la cuenta que el cliente tiene abierta en una sucursal y no como sustitutivo de aquella. Además, aunque teóricamente las entidades presentes en un territorio pueden entrar o expandirse en cualquier otro, dadas las condiciones actuales del sistema financiero español y de la economía en conjunto, resulta dudoso que actualmente este sea un proceso plausible. A ello se añade que, desde la perspectiva de la demanda, el cliente sólo sustituye entre las entidades bancarias que tiene en su zona (de forma similar a lo que ocurre en el ámbito del comercio minorista). Todo este conjunto de factores puede tender a reducir la sustituibilidad por el lado de la oferta y a hacer necesario que se preste más atención al análisis a escala inferior a la nacional, al menos en operaciones que inciden especialmente en determinados territorios.

D. OTROS MERCADOS AFECTADOS POR LAS CONCENTRACIONES BANCARIAS

Las entidades partícipes en procesos de concentración bancaria suelen operar en otros mercados, como seguros y fondos de pensiones, o bien disponer de participaciones (de control o minoritarias) en empresas de carácter no financiero, de muy diversa naturaleza. De ahí que el análisis de las concentraciones bancarias haya requerido también el estudio de otros mercados muy diversos.

a) *Seguros*

Respecto al sector de seguros, tanto las autoridades españolas como europeas de defensa de la competencia distinguen tres amplios mercados de producto: vida, no vida y reaseguros. Además, desde el punto de vista de la demanda, los mercados de seguros de vida y no vida pueden subdividirse en tantos mercados de producto como riesgos cubran, ya que no existe sustituibilidad entre ellos, por las distintas características, primas y propósitos de cada uno. No puede ignorarse, sin embargo, que las condiciones que ofrecen las compañías aseguradoras para los distintos tipos de riesgos son muy similares entre sí lo que, junto al hecho de que la mayoría de las aseguradoras ofrecen seguros para diversos tipos de riesgos, ha llevado a la inclusión de diversos tipos de seguros de no vida en un mismo mercado de producto, pudiendo seguirse este razonamiento para los seguros de vida.

En las operaciones de concentración bancaria de los últimos años ha sido una constante la referencia a los distintos mercados de seguros. No han sido considerados mercados relevantes puesto que la presencia de las partes en ellos era limitada y los solapamientos de actividad insignificantes.

No obstante, como consecuencia de las concentraciones bancarias se ha redibujado el mapa de alianzas entre entidades financieras y de seguros, lo que ha dado lugar a diversas notificaciones en virtud de las cuales las situaciones de control conjunto de empresas participadas por aseguradoras y entidades financieras han sido sustituidas por escenarios de control exclusivo sobre esas empresas hasta ahora participadas. En el anexo 2 se recogen las operaciones más representativas en este sentido.

b) *Gestión de planes y fondos de pensiones*

Las entidades financieras también desarrollan actividades de gestión de planes y fondos de pensiones, que se configuran como productos de ahorro que complementan la cobertura general de la Seguridad Social. La CNC considera que los planes y fondos de pensiones suponen una actividad diferenciada de los seguros de vida, aunque cubran riesgos similares (como por ejemplo, la obtención de una compensación financiera en el momento de la jubilación) puesto que, al contrario que en los seguros de vida, en los planes de pensiones la posibilidad de recuperar antes de la jubilación los ahorros acumulados es muy limitada.

Las partes involucradas en las concentraciones bancarias realizan actividad en el ámbito de gestión de planes y fondos de pensiones, pero con cuotas muy limitadas, por lo que no han sido objeto de análisis en profundidad.

c) *Otros*

Especial referencia merecen las participaciones de bancos y cajas de ahorros en sectores industriales, como energía, telecomunicaciones o agua. Tanto si son de control como incluso minoritarias que no otorgan control, pueden llevar aparejada la presencia de Consejeros o personal directivo con capacidad de toma de decisiones de una entidad en el Consejo de Administración de un competidor. Ejemplo de ello es la operación C/0488/12, *Caixabank/Banco de Valencia*.

La operación consistió en la adquisición por Caixabank del control exclusivo sobre Banco de Valencia. La Caixa (matriz de Caixabank) era accionista minoritario de Sociedad General de Aguas de Barcelona, S. A. (AGBAR), entidad dedicada a la gestión del ciclo integral del agua, con el 24,14 por 100 de su capital, pero sin capacidad de control, que estaba en exclusiva en manos de Suez, con el 75,74 por 100 del capital.

Por su parte, Banco de Valencia poseía una participación del 49,9 por 100 en Inversiones Financieras AGVAL, S. L., entidad titular del 60,68 por 100 del capital social de Aguas de Valencia, S. A., dedicada a la gestión del ciclo integral del agua. Suez tenía una participación del 33,05 por 100 en el capital de Aguas de Valencia, S. A., que no le otorgaba control sobre ella.

La Caixa designaba, antes de la operación, dos de los ocho miembros del Consejo de Administración de AGBAR y Suez los seis restantes. Por su parte, Aguas de Valencia, S. A., contaba antes de la operación con tres Consejeros designados en última instancia por Banco de Valencia, mientras que Suez no designaba Consejero alguno.

Como consecuencia de la operación de adquisición por Caixabank del control exclusivo sobre Banco de Valencia, el grupo resultante, presente de forma minoritaria en el capital de AGBAR, adquiriría una participación indirecta en Aguas de Valencia, S. A., siendo ambas empresas competidoras en la gestión integral del agua. La presencia simultánea de Caixabank o La Caixa en los órganos de gestión y decisión de ambos competidores podría conllevar un riesgo de obstaculización de la competencia efectiva en ese mercado al facilitar los intercambios de información estratégica y la coordinación de sus comportamientos competitivos.

Ante este escenario, la notificante se comprometió a que de manera simultánea no hubiera Consejeros ni altos directivos designados por ella o su entidad matriz (La Caixa) en los Consejos de Administración de Aguas de Valencia, S. A., y AGBAR. Hasta la fecha este compromiso se ha cumplido.

La Dirección de Investigación (actual Dirección de Competencia) consideró que los compromisos presentados cumplían con los requisitos previstos en el art. 69.5 del Reglamento de Defensa de la Competencia, puesto que el problema de competencia detectado (riesgo de coordinación entre competidores en la gestión integral del agua) era claramente identificable y

se podía remediar fácilmente impidiendo la presencia simultánea de Caixa-bank o La Caixa en los órganos de decisión o gestión de ambas entidades.

También la solución es compatible con lo previsto en la Comunicación de la Comisión relativa a las soluciones admisibles con arreglo al Reglamento (CE) 139/2004 del Consejo y al Reglamento (CE) 802/2004 de la Comisión, en particular, en lo que se refiere a la supresión de vínculos entre competidores (párrafos 58 a 60).

Finalmente, la CNC entendió que la libertad que se reservaba Caixa-bank para decidir en cuál de ambas entidades tendría representantes resultaba proporcionada y no menoscababa en ningún caso la consecución del objetivo pretendido: evitar riesgos de coordinación entre dos competidores en la gestión del agua.

Casos como este ponen de manifiesto que la existencia de participaciones no solo de control sino también minoritarias que permitan la presencia en Consejos de Administración de empresas competidoras puede generar el riesgo de efectos anticompetitivos de carácter unilateral (de incentivos) o bien coordinados (colusión), por lo que pueden y deben analizarse en el marco del control de una concentración, especialmente si se trata de sectores con barreras de entrada, recientemente liberalizados, etc.⁶, mientras que otros más atomizados en principio serían menos preocupantes.

E. BARRERAS DE ENTRADA A LA BANCA MINORISTA

La liberalización del sistema financiero español, como resultado de la armonización europea, ha tenido como consecuencia la eliminación de gran parte de las barreras a la entrada en el sector bancario. Todos los operadores tienen acceso a la tecnología necesaria y la información sobre los precios es completa y está disponible para consumidores y entidades, lo que implica una mayor transparencia en el sector.

⁶ Cabe hacer referencia en este punto a la operación C 39/1999, *Banco Santander y Banco Central Hispano*, en la que el Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) señaló que «aun cuando las participaciones accionariales no impliquen el control de las empresas que compiten en un mercado, o la participación en su gestión, el hecho de ser un accionista relevante en las mismas, permite a éstos el acceso a determinada información estratégica y el intercambio de la misma.

El Tribunal considera que la presencia accionarial significativa del BSCH en distintas empresas competidoras en los sectores energético y de telecomunicaciones conlleva la existencia de un riesgo potencial que compromete la competencia efectiva en estos mercados, exigiéndose la adopción de medidas para su eliminación».

En las conclusiones el TDC establece: «Procede recomendar al Gobierno no oponerse a la operación de concentración subordinándola a que la entidad resultante de la fusión no ostente, directa o indirectamente, participaciones significativas en más de una empresa eléctrica ni es más de un grupo de empresas de telecomunicaciones».

Asimismo, en el informe del caso C 47/1999, *Banco Bilbao Vizcaya/Argentaria*, el TDC señaló: «Aun cuando las participaciones accionariales no impliquen un control de las empresas que compiten en un mercado, o la participación en su gestión, el hecho de ser un accionista relevante en las mismas supone el acceso a determinada información estratégica y la posibilidad de su intercambio en favor de otros competidores, especialmente si el accionista es miembro de los Consejos de Administración de dos o más de estos competidores».

No obstante lo anterior, bajo la coyuntura actual del sistema financiero español, sometido a un proceso de consolidación y redimensionamiento, en la práctica, la ausencia de barreras a la entrada de tipo normativo, tecnológico o de información podría no constituir un incentivo suficiente para la entrada de nuevos operadores en el mercado. En este sentido, el mercado de banca minorista no se encuentra en fase de expansión y en el futuro, las entidades financieras probablemente tendrán que enfrentarse a numerosos retos, entre otros:

- Estrechamiento del margen bruto, como consecuencia de un menor rendimiento del activo derivado de los impagos y un encarecimiento de la financiación de pasivo minorista por la estructura de tipos de interés.
- Ineficiencia en las entidades financieras de dimensión reducida, derivada de estructuras de servicios centrales sobredimensionadas para el negocio global y de la existencia de redes comerciales no rentables.
- Incremento significativo de la dotación por deterioro de activos y provisiones, debido en mayor medida al incremento esperado de la mora, la pérdida de valor de las garantías de la cartera inmobiliaria y la revisión de las valoraciones de los activos adjudicados y participaciones inmobiliarias.
- Marco regulatorio más restrictivo con respecto a los activos inmobiliarios en balance, que impacta en los ratios de solvencia de las entidades.

Por otro lado, no existen barreras específicas vinculadas al cambio de clientes entre entidades minoristas, dado que el marco normativo actual facilita dicho cambio en lo relativo, entre otros productos, a cuentas corrientes, fondos de inversión, planes de pensiones e hipotecas. Es decir, los clientes pueden escoger su proveedor financiero en cualquier momento, sin más limitaciones que las establecidas por el marco legal actual.

Ahora bien, para valorar las posibilidades reales de cambio de entidad financiera habría que analizar los costes de cambio de proveedor con que se podrían encontrar aquellos clientes que concentren en una única entidad un conjunto de productos y, por tanto, la competencia existente entre entidades en función del tipo de cliente.

En relación con la sustituibilidad de crédito entre entidades financieras, de acuerdo con el Informe anual 2012 del Banco de España, la evidencia sugiere que, en general, las empresas españolas dependientes de entidades en reestructuración habrían podido sustituir de forma significativa los fondos que dejaron de recibir de sus prestamistas habituales por financiación de otras entidades más sólidas. No obstante, el Banco de España considera que el alcance de ese proceso de sustitución depende de las características de las compañías, por lo que la existencia de instituciones en dificultades tiene algunos efectos restrictivos a corto plazo sobre el acceso de las sociedades no financieras al crédito bancario, aunque espera que a medio plazo

el saneamiento de dichas entidades facilite la normalización de la financiación de la economía.

F. EFICIENCIAS

Tanto las partes notificantes como el Banco de España consideran que los distintos procesos de concentración entre entidades financieras generarán eficiencias a medio plazo que repercutirán de forma directa sobre los consumidores.

En particular, el Banco de España señala que dado el incremento del número de clientes y el volumen de negocio gestionado por las entidades resultantes de las concentraciones, se generarán elevadas economías de escala y sinergias de ingresos y costes derivadas de la eliminación de duplicidades, la adecuación de la plantilla (centralización de los procesos corporativos), la adaptación de la plataforma tecnológica y la racionalización de gastos generales (negociación de mejores condiciones con proveedores, aplicación de mejores prácticas de optimización del gasto, etc.). Todo ello dará lugar a entidades más eficientes, rentables y solventes.

Los clientes se beneficiarán de una mayor oferta de productos y servicios y de una mayor garantía respecto de los saldos depositados, adicional a la ofrecida por el Fondo de Garantía de Depósitos. Además, una red de sucursales y cajeros más extensa facilitará la operativa de sus clientes y contribuirá a reducir su coste.

El Banco de España considera que la mayor solvencia unida a una mejora en la capacidad de las entidades para financiarse en los mercados debería facilitar la financiación de la actividad productiva de la economía, tanto a particulares como a empresas, a la vez que mejorar el coste de los servicios ofrecidos.

Según el Banco de España, de las concentraciones resultará una mejora para los clientes actuales y futuros de las entidades resultantes, ya que los bancos con problemas pueden convertirse en una fuente de riesgo sistémico e inestabilidad macroeconómica con un elevado coste social.

G. VALORACIÓN DE LAS CONCENTRACIONES BANCARIAS

Todas las concentraciones entre entidades financieras analizadas hasta la fecha han sido autorizadas en primera fase sin compromisos⁷, puesto que las cuotas resultantes de las partes no eran elevadas o bien aun siendo elevadas la adición de cuotas era limitada, a lo que se añade que los competidores eran entidades de similar o mayor dimensión y capacidad financiera,

⁷ La única excepción es la operación C/0488/12, *Caixabank/Banco de Valencia*, caso en el que los compromisos no se referían a problemas de competencia en el sector financiero, sino en la gestión de agua.

con posibilidades de expansión derivadas de las nuevas tecnologías y sin barreras de acceso al sector significativas.

Además, las operaciones prometían generar, a medio plazo, eficiencias significativas no sólo para las entidades implicadas en el proceso de reestructuración, sino para los consumidores finales, derivadas del aprovechamiento de economías de escala, sinergias y complementariedades derivadas de la racionalización en la explotación de la red de oficinas y mejora de la productividad, el fortalecimiento de la solvencia y las mejoras de calidad.

Cabe señalar que, hasta el momento, se ha hecho fundamentalmente un análisis de efectos unilaterales; sin embargo, conforme se reduce el número de operadores y se incrementa el grado de concentración, el riesgo de efectos coordinados aumenta, en un mercado en el que la situación económica genera fuertes desincentivos a la entrada y el marco regulatorio y de actuación del regulador tiende a homogeneizar comportamientos.

3. CONCLUSIÓN

De acuerdo con el «Informe de avances» de la CECA, de 18 de octubre de 2013, sobre el «Proceso de reestructuración del sector de cajas de ahorro», de un total de 45 cajas de ahorros que existían a comienzos de 2010, con un tamaño medio de 29.440 millones de euros, 43 entidades han participado o se encuentran participando en algún proceso de consolidación, lo que en volumen de activos totales medios representa el 99,9 por 100 del segmento de cajas. Así, actualmente las cajas se han integrado en 13 entidades o grupos de entidades, con un volumen medio de activos, en junio de 2013, de 86.058 millones.

En el anexo 3 se muestra el resultado de todo el proceso de reestructuración en octubre de 2013. Como resultado de este proceso de saneamiento, recapitalización y reestructuración, las entidades financieras españolas afrontan los retos pendientes desde una posición de mayor fortaleza financiera. A corto y medio plazo, se enfrentan a importantes retos, en un contexto de elevada incertidumbre. Por un lado, la debilidad económica y el ajuste del sector inmobiliario continuarán lastrando su cuenta de resultados. Por otro, se deben seguir dando los pasos previstos para culminar su reestructuración, proseguir el ajuste de su capacidad instalada y avanzar en el cumplimiento de los futuros requerimientos de capital y liquidez. Todo ello, en un entorno en el que las presiones sobre sus costes y disponibilidad de financiación, si bien se han reducido, continúan siendo importantes.

En este marco, la CNMC continuará el tipo de análisis sustantivo llevado a cabo por la CNC, pero con un mayor grado de complejidad, teniendo en cuenta el aumento del grado de concentración, la disminución del número de operadores, los reducidos incentivos a la entrada de nuevos operadores en la banca minorista española dado el contexto económico y financiero y las barreras a la salida de este mercado de determinadas entidades que están recibiendo apoyo financiero público.

**ANEXO 1. OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN BANCARIA
ANALIZADAS POR LA CNC ENTRE 2009 Y OCTUBRE 2013**

<i>Número de expediente</i>	<i>Nombre del expediente</i>	<i>Fecha de resolución</i>	<i>Descripción de la operación</i>
C/0196/09	Caixa Catalunya/Caixa Tarragona/Caixa Manresa	24/03/2010	Fusión [art. 7.1.a) LDC]
C/0199/09	Caixa Girona/Caixa Manlleu/Caixa Sabadell/Caixa Terrasa	14/04/2010	Fusión [art. 7.1.a) LDC]
C/0227/10	Grupo Banca Cívica	9/06/2010	Fusión [art. 7.1.a) LDC]
C/0228/10	Caixa Manlleu/Caixa Sabadell/Caixa Terrasa	13/05/2010	Fusión [art. 7.1.a) LDC]
C/0238/10	Cajastur/CCM	16/06/2010	Fusión [art. 7.1.a) LDC]
C/0240/10	Caja Duero/Caja España	30/06/2010	Fusión [art. 7.1.a) LDC]
C/0244/10	La Caixa/Caixa Girona	14/07/2010	Adquisición del control exclusivo [art. 7.1.b) LDC]
C/0251/10	Banco Sabadell/Banco Guipuzcoano	6/08/2010	Adquisición del control exclusivo [art. 7.1.b) LDC]
C/0256/10	Cajasol/Caja de Guadalajara	29/08/2010	Adquisición del control exclusivo [art. 7.1.b) LDC]
C/0259/10	Mare Nostrum	15/08/2010	Fusión [art. 7.1.a) LDC]
C/0263/10	BBK/Cajasur	6/10/2010	Adquisición del control exclusivo [art. 7.1.b) LDC]
C/0266/10	Cajas Rurales del Mediterráneo	6/08/2010	Adquisición del control conjunto a través de la creación de una empresa en participación [art. 7.1.c) LDC]
C/0281/10	CAM/Cajastur/Caja Extremadura/Caja Cantabria	27/10/2010	Fusión [art. 7.1.a) LDC]
C/0286/10	Cajamadrid/Bancaja/Caja Insular Canarias/Caja Ávila/Caixa Laietana/Caja Segovia/Caja Rioja	15/11/2010	Adquisición del control conjunto a través de la creación de una empresa en participación [art. 7.1.c) LDC]
C/0289/10	Caixa Galicia/Caixa nova	15/11/2010	Fusión [art. 7.1.a) LDC]
C/0290/10	Caja Inmaculada/Caja Círculo/Caja Badajoz	15/11/2010	Fusión [art. 7.1.a) LDC]
C/0323/10	Banca Cívica/Cajasol	08/02/2011	Fusión [art. 7.1.a) LDC]
C/0352/11	Cajastur/Caja Extremadura/Caja Cantabria	15/06/2011	Adquisición del control exclusivo [art. 7.1.b) LDC]

C/0393/11	Caja Rural del Sur/Caja Rural de Extremadura/Caja Rural de Córdoba	26/10/2011	Fusión [art. 7.1.a) LDC]
C/0397/11	BBK/Kutxa/Caja Vital	30/11/2011	Adquisición del control exclusivo [art. 7.1.b) LDC]
C/0408/11	Banco Popular/Banco Pastor	18/01/2012	Adquisición del control exclusivo [art. 7.1.b) LDC]
C/0422/12	Banco Sabadell/Banco CAM	8/02/2012	Adquisición del control exclusivo [art. 7.1.b) LDC]
C/0438/12	Caixabank/Banca Cívica	27/06/2012	Adquisición del control exclusivo [art. 7.1.b) LDC]
C/0439/12	Ibercaja Banco/Banco Cajatres	18/06/2012	Adquisición del control exclusivo [art. 7.1.b) LDC]
C/0441/12	Cajamar/Ruralcaja	11/07/2012	Fusión [art. 7.1.a) LDC]
C/0445/12	BBVA/UNNIM	26/07/2012	Adquisición del control exclusivo [art. 7.1.b) LDC]
C/0455/12	Ibercaja Banco/Liberbank/Banco Grupo Cajatres	5/08/2012	Adquisición del control conjunto a través de la creación de una empresa en participación [art. 7.1.c) LDC]
C/0456/12	Unicaja/CEISS	12/08/2012	Adquisición del control exclusivo [art. 7.1.b) LDC]
C/0467/12	Caja Laboral Popular e Ipar Kutxa	17/10/2012	Fusión [art. 7.1.a) LDC]
C/0488/12	Caixabank/Banco de Valencia	28/02/2013	Adquisición del control exclusivo [art. 7.1.b) LDC]
C/0494/13	Banco Sabadell/Banco Mare Nostrum/Dirección Territorial Cataluña y Aragón	13/03/2013	Adquisición del control exclusivo de parte de una empresa [art. 7.1.b) LDC]
C/0514/13	Ibercaja Banco/Banco Grupo Cajatres	10/07/2013	Adquisición del control exclusivo [art. 7.1.b) LDC]
C/0515/13	Banco de Sabadell/Lloyds España	3/07/2013	Adquisición del control exclusivo [art. 7.1.b) LDC]
C/0518/13	Banco Sabadell/Banco Gallego	4/08/2013	Adquisición del control exclusivo [art. 7.1.b) LDC]

Fuente: elaboración propia a partir de la web www.cnmec.es.

ANEXO 2. PRINCIPALES CONCENTRACIONES EN EL SECTOR SEGUROS DERIVADAS DE LA RESTRUCTURACIÓN DEL SECTOR FINANCIERO

<i>Número de expediente</i>	<i>Nombre del expediente</i>	<i>Fecha de resolución</i>	<i>Descripción de la operación</i>
C/0356/11	Mutua Madrileña/La Caixa/Vidacaixa Adelas	29/06/2011	Adquisición del control conjunto [art. 7.1.c) LDC]
C/0464/12	Caixabank/Banca Cívica Vida/Cajaburgos Vida/Can Seguros de Salud	03/10/2012	Adquisición del control exclusivo [art. 7.1.b) LDC]
C/0495/13	Caixabank/Cajasol Seguros Generales/Cajasol Vida/Cajacanarias Vida	13/03/2013	Adquisición del control exclusivo [art. 7.1.b) LDC]
C/0498/13	Bankia/Aseval	03/04/2013	Adquisición del control exclusivo [art. 7.1.b) LDC]
C/0500/13	Caser/Sa Nostra Vida	30/04/2013	Adquisición del control exclusivo [art. 7.1.b) LDC]
C/0501/13	Unnim Banc/Unnim Vida	17/04/2013	Adquisición del control exclusivo [art. 7.1.b) LDC]
C/0512/13	Banco Sabadell/Cam-Aegon/Mediterráneo Vida	03/07/2013	Adquisición del control exclusivo [art. 7.1.b) LDC]
C/0530/13	Segurcaixa Adeslas/Cajasol Seguros Generales/Can Salud	Notificada el 04/10/2013. En tramitación	Adquisición del control exclusivo [art. 7.1.b) LDC]

Fuente: elaboración propia a partir de la web www.cnmc.es.

ANEXO 3. EVOLUCIÓN DEL PROCESO DE RESTRUCTURACIÓN FINANCIERA (DICIEMBRE 2009-OCTUBRE 2013)

2009	2010	2011	2012	2013
Santander	Santander	Santander	Santander	Santander

BBVA	BBVA	BBVA	BBVA	BBVA
C. Sabadell	Unnim	Unnim		
C. Terrasa				
C. Manlleu				

La Caixa	Caixabank	Caixabank	CaixaBank	CaixaBank
C. Girona				
Banco de Valencia	Banco de Valencia	Banco de Valencia		
C. Canarias	Banca Cívica	Banca Cívica		
C. Burgos				
C. Navarra				
C. Guadalajara	Cajasol - Guadalajara			
Cajasol				

Caja Madrid	BFA - Bankia	BFA - Bankia	BFA - Bankia	BFA - Bankia
Bancaja				
C. Ins. Canarias				
C. Laietana				
C. Ávila				
C. Segovia				
C. Rioja				

B. Guipuzcoa-no	Banco Sabadell	Banco Sabadell	Banco Sabadell	Banco Sabadell
B. Sabadell				
CAM	CAM			
Lloyds España	Lloyds España	Lloyds España	Lloyds España	
Banco Gallego	Banco Gallego	Banco Gallego	Banco Gallego	

B. Popular	B. Popular	B. Popular	B. Popular	B. Popular
B. Pastor	B. Pastor	B. Pastor		

Unicaja	Unicaja	Unicaja	Unicaja (CEISS)	Unicaja (CEISS)
C. Jaén				
C. Duero	Ceiss	Ceiss		
C. España				

Cajasur	BKK	Kutxabank	Kutxabank	Kutxabank
BBK				
C. Vital	C. Vital			
Kutxa	Kutxa			

C. Galicia	Novacaixagalicia	Novacaixagalicia	Novagalicia Banco	Novagalicia Banco
C. Nova				

C. Tarragona	Catalunya Caixa	Catalunya Caixa	Catalunya Banc	Catalunya Banc
C. Catalunya				
C. Manresa				

C. Murcia	BMN	BMN	Banco Mare Nostrum (BMN)	Banco Mare Nostrum (BMN)
C. Penedés				
C. Granada				
Sa Nostra				

Ibercaja	Ibercaja	Ibercaja	Ibercaja Banco	Ibercaja Banco
CAI	CAI	Banco Caja 3		
C. Círculo	C. Círculo			
C. Badajoz	C. Badajoz			

Bankinter	Bankinter	Bankinter	Bankinter	Bankinter
-----------	-----------	-----------	-----------	-----------

CCM	Cajastur	Liberbank	Liberbank	Liberbank	
Cajastur					
C. Extremadura					C. Extremadura
C. Cantabria					C. Cantabria

Fuente: elaboración propia a partir de la web www.cnmec.es.

ANÁLISIS ESTRATÉGICO DE LA ARMONIZACIÓN FISCAL EN LA UNIÓN EUROPEA. UN ENFOQUE COMPETITIVO

Juan CORONA

Catedrático de Hacienda Pública
Universitat Abat Oliba CEU

1. PERSPECTIVAS POLÍTICO-ECONÓMICAS

Aparentemente existe un consenso importante sobre la necesidad de conseguir una Europa más fuerte y unificada. Y en realidad el objetivo en sí es deseable, siempre y cuando se evite un grave peligro: que la Europa integrada y armonizada se convierta en una región económica de monopolios y cárteles en lugar de mercados competitivos.

Existen argumentos que justifican sobradamente este temor. Por ejemplo, es habitual que algunos economistas defiendan a ultranza la competencia y la descentralización a nivel nacional, cambiando de opinión con respecto a la cuestión europea, dando prioridad al objetivo de una armonización plena, que a nivel internacional representa de hecho la adopción de políticas igualitarias, rechazando de pleno la posibilidad de que los distintos países del marco comunitario entren en competencia en materia de medidas de política económica.

Desde el punto de vista político, uno de los factores claves vendría dado por la desaparición de los controles fronterizos (fronteras fiscales), que reduciría enormemente los costes internos y externos, a pesar de que podría generar problemas de defraudación mientras los Estados sean política y fiscalmente autónomos.

A este respecto, los problemas relativos a la centralización y a la burocracia a nivel internacional han sido objeto de atención preferente por la «Teoría de las Decisiones Públicas» (*Public Choice*).

En términos generales, un político en el gobierno compite con:

- a) Otros miembros del gobierno.
- b) Los políticos de la oposición.
- c) Los políticos en el gobierno de otros países (en una economía abierta).

Centrándonos en nuestro objeto de estudio, puede observarse que la conspiración con políticos extranjeros puede ser útil para el político nacional por varios motivos.

- 1) La participación en las reuniones internacionales (especialmente en las cumbres) le ayuda a captar la atención de los medios de comunicación y a aumentar su prestigio (sobre todo si es el anfitrión o el líder). De esta forma puede ganar margen de competitividad con respecto a otros miembros del gobierno y de la oposición.
- 2) La aprobación de las políticas mutuas en tales reuniones (y por las agencias internacionales) ayuda a superar las críticas de competidores políticos nacionales.
- 3) La toma de decisiones colectivas a nivel internacional permite a los políticos que participan en la misma eludir la responsabilidad interna por las políticas impopulares; «vender» dichas políticas como parte de la negociación internacional; y autoprotegerse contra los mejores resultados de gobiernos extranjeros.

Otra cuestión crucial reside en la división del trabajo entre las agencias internacionales y los Estados miembros. Aplicando la teoría económica de la burocracia, los funcionarios de las agencias internacionales tratarán de maximizar su poder, para lo cual estarán dispuestos a aceptar cualquier trabajo por desagradable o irrelevante que este sea. La división del trabajo no se determina pues por la demanda, sino exclusivamente por la oferta. Por su lado, los gobiernos nacionales no están dispuestos a delegar poderes importantes como instrumentos políticos que pueden ser utilizados de forma crucial para incidir en los resultados electorales (por ejemplo: la soberanía fiscal).

La «hipótesis del trabajo sucio» ayuda a explicar la división del trabajo entre gobiernos nacionales y agencias internacionales pero, por lo que se refiere a la oferta de «trabajo sucio», varias razones justifican que las transferencias a los grupos de interés son superiores por parte de las agencias internacionales. En primer lugar, las agencias internacionales elevan el coste de información de los consumidores, lo que permite a los políticos ofrecer favores a los grupos de intereses con un menor coste para ellos. Por otro lado, la organización internacional reduce el coste político de captación de grupos de poder, ya que la mayor parte de agencias internacionales operan bajo la cobertura de algún ideal internacionalista, como la solidaridad internacional, la cooperación, la integración, la paz, etc. Esto las inmuniza contra la crítica pública.

En tercer lugar, la organización internacional también aumenta los costes de información de los políticos. Las barreras lingüísticas y la distancia física contribuyen a alejar más del poder político a las burocracias internacionales que a las nacionales, con lo que existen aún menos incentivos para su gestión eficiente. Por último, el político individual de una nación tiene pocos incentivos para controlar y mejorar las actividades de las agencias internacionales debido a los costes de oportunidad en que incurriría. De todo ello puede concluirse que los burócratas internacionales tienen la misma

función de utilidad que los nacionales, por lo que la teoría económica de la burocracia les será aplicable a ambos, que tenderán a maximizar su poder en términos de tamaño del presupuesto, de personal y de discrecionalidad. El monopolio de información de que disfrutaban y la necesidad de su cooperación para los políticos facilitan la consecución de sus objetivos.

Aunque pueda parecer un enfoque tético e incluso cínico de la cuestión, el planteamiento teórico expuesto y la contrastación empírica pueden ser de gran utilidad para comprender mejor el desarrollo de las políticas comunitarias y, en particular, las referentes a la armonización fiscal. La soberanía tributaria supone el control de unos instrumentos de política económica con gran significación electoral que los Estados se resisten a ceder, por lo que los intentos de armonización fiscal se ven en la práctica limitados a medidas de inferior importancia (referidas fundamentalmente a impuestos indirectos), cuya operatividad es escasamente relevante si se desea, de verdad, la desaparición total de las barreras fiscales en el ámbito comunitario.

2. EL JUEGO DE ESTRATEGIAS EN LA UNIÓN EUROPEA

Puede decirse que existen dos caminos conducentes a un sistema fiscal convergente o armonizado en la Unión Europea: un proceso de acercamiento entre los sistemas fiscales de los países comunitarios, coordinado y dirigido desde Bruselas; o un proceso de competencia, en el que el sistema tributario de cada país vendrá delimitado por sus propios intereses, en función de las estrategias previstas de los demás países.

Contemplando este planteamiento desde una óptica global, es evidente que las estrategias a adoptar por los distintos países se centrarán no solo en los intereses propios, sino en las posibles estrategias a desarrollar por los restantes países.

En términos generales, es evidente que los Estados que disfrutaban de una tributación inferior a la media o moda comunitaria, estarán interesados en mantener su soberanía fiscal, entrando en un proceso de competencia. Incluso los países con tributación más exigente sobre las rentas del capital se verían beneficiados de establecer una tributación ligeramente inferior a la moda europea que les permitiera mantener su soberanía fiscal y competir en la captación de ahorro.

Sin embargo, el incentivo a que cada país comunitario elija la estrategia de competencia no implica que sea necesario renunciar a los beneficios de una estrategia de coordinación institucional: reforzamiento de la unidad europea, disminución de incertidumbre y potenciación de las políticas redistributivas.

Cualquier Estado miembro puede conseguir determinados beneficios con la adopción de una estrategia de competencia en un aspecto concreto de la tributación de las rentas de capital. Dicho beneficio tenderá a incre-

mentarse en la medida en que los demás Estados tengan más armonizadas sus normas a este respecto.

En consecuencia, puede decirse que la solución óptima para cada país consiste en adoptar unilateralmente una estrategia de competencia, aunque prefiera que colectivamente los demás países opten por la estrategia de coordinación institucional.

Este planteamiento estratégico, planteado en términos formales, permite contemplar el proceso de armonización fiscal en la Unión Europea como un caso de un conocido juego de estrategia, el «dilema del prisionero» multipersona.

Supongamos que la Unión está integrada únicamente por dos países (A y B), que en ausencia de restricciones presupuestarias pueden escoger entre dos tipos de gravamen único para las rentas del capital (10 o 20 por 100).

La primera preferencia de cada país consistirá en establecer la tributación más baja (10 por 100), mientras que el otro establezca la alta (20 por 100), con lo que obtendría los máximos beneficios de la competencia.

En caso de que ambos adopten la misma estrategia, las preferencias de los dos se decantarán por el impuesto más elevado, ya que en ausencia de ventajas de competencia, maximizarán la recaudación impositiva.

El caso planteado puede representarse como una matriz del «dilema del prisionero» (tabla 1), en la que el beneficio para cada país depende de las estrategias adoptadas por los dos.

Tabla 1. Estrategias de armonización fiscal (I).
Dilema del prisionero para dos países

		ESTRATEGIA DEL PAÍS A	
		COMPETENCIA	COOPERACIÓN
ESTRATEGIA DEL PAÍS B	COOPERACIÓN	2	1
	COMPETENCIA	4	3
		1	3

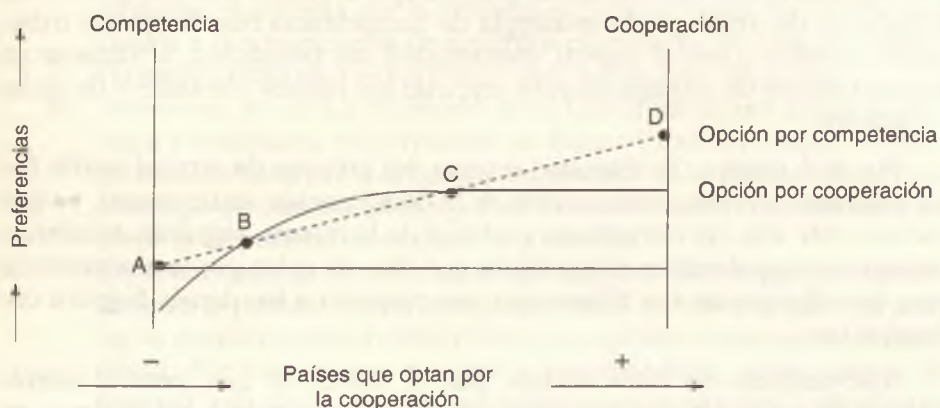
Tanto para el país A como para el B, la estrategia dominante resulta ser la de competencia (ambos establecerán un impuesto del 10 por 100), aunque esta combinación ofrece para los dos un resultado inferior al que hubieran conseguido de optar simultáneamente por la cooperación.

De esta formulación se deduce que los beneficios de la armonización se derivan de la convergencia de los demás sistemas fiscales, pero no del propio; mientras que los beneficios de la competencia se derivan de la op-

ción de cada país, aunque son mayores si otro(s) país(es) opta(n) por una armonización fiscal coordinada institucionalmente.

Un análisis más realista de la situación exige ampliar el número de jugadores hasta alcanzar los 28 países que integran la Unión Europea en la actualidad. En este caso el proceso de armonización fiscal puede representarse gráficamente utilizando el método propuesto por T. SCHELLING para juegos con múltiples jugadores (gráfico 1).

Gráfico 1. Estrategias de armonización fiscal (II). Dilema del prisionero para 28 países



En el eje vertical se representan las preferencias de los países en función del índice del beneficio que proporciona la opción elegida para cada Estado. En el eje horizontal se representa el número de países que optan por la armonización fiscal coordinada institucionalmente.

A medida que sea mayor el número de países que se decanten por la cooperación o coordinación institucional, se generarán dos efectos relevantes:

- Serán mayores los beneficios de cualquiera de las dos opciones, lo que implica que ambas funciones de beneficios son crecientes.
- Cuanto mayor sea el número de países que prefieren la cooperación, se incrementan las diferencias en la elección de estrategia. En este sentido, la ventaja de adoptar una estrategia de competencia se incrementa a medida que aumenta el número de países que prefieren colaborar.

Es posible determinar tres escenarios estratégicos diferentes a partir de la representación gráfica. En una primera fase (A-B) el número de países que apoyan la coordinación institucional es pequeño, por lo que la opción más interesante desde el punto de vista individual es la de la competencia, ya que las ventajas que reporta esta última superan claramente a las reducidas ventajas políticas de una coordinación insuficiente.

En la segunda fase (B-C), y en la medida en la que se incrementa el número de países dispuestos a cooperar, aumentan las ventajas políticas de coordinación institucional, incentivando la opción de apoyar la estrategia de cooperación.

Por último, en la fase (C-D) si el número de países que opta por la cooperación llega a ser muy elevado, vuelven a primar las ventajas económicas de competir fiscalmente frente a un entorno caracterizado por un grado importante de convergencia.

Particularizando la aplicación de estas conclusiones al campo de tributación de las rentas de capital, se observa que la estrategia óptima por parte de cada país, que supone el preferir que el mayor número posible de Estados se decanten por la estrategia de competencia basada en una tributación inferior sobre el capital, maximizará sus beneficios, al situarse un número mayor de «competidores» cerca de los valores «modales» de dicha tributación.

Por este motivo, la dinámica interna del proceso de armonización fiscal dificulta la propia consecución de la coordinación institucional, ya que incluso ante una opción colectiva a favor de la misma, seguirán existiendo incentivos considerables a que algún país decida optar por la competencia para beneficiarse de sus diferencias con respecto a los demás Estados comunitarios.

Apoyándonos en estos hechos, parece indudable que, pese al interés general en propiciar una situación colectiva caracterizada por el deseo en pro de la armonización fiscal, individualmente, y por separado, todos los países pueden beneficiarse estableciendo una tributación por debajo de los valores modales comunitarios.

Puede afirmarse que la única opción plausible que permitiría la consecución de una armonización fiscal, consistiría en la aceptación de una estrategia coordinada por los propios órganos comunitarios, que únicamente sería posible en un estadio avanzado de unidad política sustentada en la unión económica y en la implantación firme del Mercado Único Europeo.

3. LA ARMONIZACIÓN FISCAL: ¿COMPETENCIA O COORDINACIÓN?

Entendiendo la armonización fiscal como la convergencia de las estructuras impositivas de los países de la Comunidad, es posible garantizar dicha aproximación mediante un proceso de competencia fiscal entre los Estados miembros o como consecuencia de las directivas en materia tributaria aprobadas por las instituciones comunitarias. Ambas posibilidades presentan una serie de ventajas e inconvenientes que es preciso tener en consideración.

A. LA COMPETENCIA FISCAL

Si prima el proceso de competencia fiscal, el proceso de ajuste conducirá a una aproximación de la tributación efectiva sobre el capital con una tendencia orientada claramente a la baja. Comparando los efectos previsibles de este proceso con lo que se derivaría de la existencia de una armonización fiscal coordinada, se derivan una serie de ventajas asociadas a la estrategia de competencia:

- a) *Factibilidad*: La convergencia impositiva puede lograrse tanto a través de la competencia como de la armonización coordinada. Sin embargo, si se opta por la primera es posible evitar los costes asociados a la consecución de acuerdos específicos en materia tributaria entre veintiocho administraciones tributarias diferentes.
- b) *Soberanía fiscal*: La evolución de la Unión hacia una unión económica y monetaria, y la creación del Banco Central Europeo, conduce inexorablemente a la cesión del control de la política monetaria y de tipo de cambio, al margen de la cesión inicial de soberanía en materia de política arancelaria y comercial.

En consecuencia, la política estabilizadora tendrá que fundamentarse en la política fiscal, que se convertirá en esencial para garantizar la estabilización a corto plazo y los ajustes estructurales a largo plazo. Por este motivo no parece recomendable restar grados de libertad a la única política económica autónoma que conservarán los países comunitarios.

- c) *Limitación del crecimiento del Sector Público*: La competencia fiscal, a diferencia de la armonización, tiene en cuenta las divergencias económicas y sociales de los distintos países, que se reflejan en las discrepancias relativas a la estructura del sistema impositivo y, en general, en las preferencias por el tamaño del sector público. En este sentido, el proceso de competencia garantiza una reducción de la imposición sobre el capital, que en la actual coyuntura presupuestaria limita las posibilidades de crecimiento del sector público.
- d) *Incidencia y efectos de los impuestos*: La estrategia de competencia conduce a una convergencia en la tributación efectiva de los distintos países, mientras que la armonización coordinada se sustenta en una aproximación formal de los tributos, que ignora los diferentes impactos que estructuras formalmente semejantes pueden producir en contextos económicos diferenciados.

Por otro lado, si el proceso de armonización coordinada está dirigido por unos pocos países, se corre el riesgo de imponer sobre el resto de la Comunidad unas estructuras fiscales injustas y distorsionadoras.

- e) *Carácter instrumental*: La concepción de la armonización fiscal en la Unión Europea adopta un carácter instrumental y no finalista, por lo que el objetivo en sí reside en la aproximación de las estructuras

tributarias, con independencia del proceso que se desarrolle para conseguirla.

Por otro lado, es indudable que la competencia no está exenta de una serie de inconvenientes, de entre los cuales suelen destacarse:

- a) *Restricciones a la política redistributiva*: Con un cierto grado de incertidumbre, la competencia fiscal tenderá a disminuir la tributación de las rentas de capital, limitando la capacidad de utilizar el sistema fiscal como instrumento de redistribución y, al mismo tiempo, estableciendo restricciones sobre el crecimiento del sector público, hecho considerado negativo por algunos autores. En cualquier caso, la valoración de este argumento como positivo o negativo depende de los juicios de valor que caractericen las opiniones acerca de la deseabilidad de reforzar la política redistributiva y de incrementar el tamaño del sector público.
- b) *Distorsiones financieras y elusión fiscal*: Durante el desarrollo del proceso de competencia hacia la convergencia impositiva, los impuestos no garantizarán la neutralidad de la inversión, generando distorsiones financieras y bancarias al desplazarse el capital hacia los países con tributación más favorable, utilizando los servicios de intermediarios financieros de países con impuestos más reducidos, produciendo desequilibrios entre ahorro e inversión interna. Por los mismos motivos, la competencia fiscal basada en la confidencialidad de información y secreto bancario, puede potenciar prácticas de elusión y evasión fiscal internacional, ante la ausencia de mecanismos efectivos de intercambio de información entre las administraciones tributarias nacionales.

B. LA COORDINACIÓN FISCAL

Como ya se ha puesto de relieve, la aproximación de los impuestos sobre las rentas del capital puede conseguirse de forma alternativa si prosperan las medidas diseñadas a tales efectos por las instituciones comunitarias. En la defensa de esta alternativa se esgrimen una serie de argumentos que, en general, descansan en los inconvenientes que se producirían en caso de no prosperar la armonización coordinada y generarse un proceso de competencia fiscal:

- a) *Eliminación de distorsiones*: Si se evitan los procesos de competencia fiscal, se anulan los inconvenientes que provoca la misma al generar una serie de distorsiones fiscales, financieras y bancarias, que han sido expuestas con anterioridad.
- b) *Neutralidad en la asignación del capital*: La defensa de la coordinación puede sustentarse en la pérdida potencial de bienestar causada por una asignación ineficiente del capital entre países como consecuencia del proceso de igualación de la tasa de rendimiento del capital después, y no antes, del pago de los impuestos. Dicha

ineficiencia, causada por la diversidad fiscal en presencia de libertad de movimientos de capitales, desaparecería con una armonización efectiva de los impuestos que permitiría orientar la asignación internacional de capital en función de criterios de eficiencia económica.

- c) *Unidad política*: La compensación fiscal podría orientarse como una política generalizada de «*beggar your neighbour*» que conduciría a una probable infraprovisión de servicios públicos y a un debilitamiento político de la Unión como consecuencia de las reacciones a medidas unilaterales.

A sensu contrario, la armonización coordinada fomenta el sentimiento de unidad comunitario y facilita avanzar en el proceso de unión política y evita que algunos países utilicen el sistema impositivo para imponer a otros sus concepciones políticas, condicionando sus niveles de recaudación y de gasto público.

- d) *Reforzamiento de la autoridad fiscal comunitaria*: La estrategia de armonización fiscal coordinada supone reforzar el papel de la autoridad fiscal comunitaria, lo que posibilitaría la ampliación del sistema de recursos propios de la Unión, como factor clave en la aplicación de políticas de redistribución de la renta a nivel intracomunitario.

En fases más avanzadas del proceso, dicha estrategia podría conducir a la creación de una administración tributaria comunitaria, con capacidad para legislar, y de establecer un marco impositivo estable, reduciendo el grado de incertidumbre con respecto a las variables fiscales.

- e) *Equidad nacional e internacional*: En el contexto fiscal vigente en la Unión, basado en la combinación del criterio de origen y el de residencia, la armonización fiscal coordinada plasmada en la igualación de tipos impositivos, contribuiría a incrementar el grado de equidad internacional.

Al mismo tiempo, conduciría a garantizar la equidad horizontal interpersonal entre habitantes de distintos Estados de la Unión. Este efecto sólo sería deseable si existe una verdadera proximidad económica y social entre los ciudadanos de los distintos países.

Para calibrar adecuadamente la conveniencia de apoyar la estrategia de coordinación, hay que oponer a las ventajas descritas una serie de inconvenientes importantes:

- a) *Deslocalización del capital entre la Unión Europea y el resto del mundo*: La consecuencia de acuerdos de armonización fiscal descansará en la hipótesis aceptable de que las administraciones tributarias negociarán sobre la base de evitar pérdidas de recaudación.

Con esta premisa es lógico esperar que el nivel de imposición sobre las rentas de capital en la Unión Europea pueda considerarse como elevando (en términos relativos) con respecto al resto del

mundo. En tal caso se generan incentivos a la huida de capitales hacia terceros países (no comunitarios), fundamentalmente a paraísos fiscales.

Si la igualación de tipos dentro de la Unión da lugar a diferencias fiscales mayores entre ella y el resto del mundo, se producirán efectos negativos desde el punto de vista de la eficiencia en la asignación del capital y a la inversa.

Por el contrario, la competencia fiscal, al orientarse a una tributación más reducida, no solo evita el efecto de salida de capitales, sino que puede generar incentivos a que capitales del resto del mundo se desplacen a la Unión.

- b) *Cesión de soberanía fiscal*: Al margen del enfoque de armonización fiscal que se considere, cualquier avance en esta línea implica la cesión de soberanía fiscal por parte de los Estados miembros, aceptando unas normas comunes y la existencia de una autoridad fiscal comunitaria.

Como consecuencia de ese hecho, la capacidad de intervención de los gobiernos en las políticas de redistribución y de estabilización, se ve muy limitada, dificultando el cumplimiento de objetivos de carácter nacional, en particular los relacionados con la equidad interpersonal nacional y la política anticíclica.

- c) *Factibilidad*: Con independencia de la deseabilidad o no de la armonización coordinada, el actual contexto político y económico de la Unión Europea dificulta enormemente la consecución de acuerdos en este campo, en particular por la existencia de dos fuertes condicionantes: la aversión de todos los países a ceder grados de libertad en su soberanía fiscal, y la propia articulación institucional prevista por las instituciones comunitarias para dotar de efectividad al proceso de armonización, al requerirse la unanimidad absoluta para la aprobación de la mayoría de normas relativas a la armonización fiscal.

C. LA TRIBUTACIÓN DE LAS RENTAS DE CAPITAL EN LA UNIÓN EUROPEA: ¿ARMONIZACIÓN O DIVERSIDAD?

El debate entre armonización o diversidad fiscal en la Europa comunitaria resulta de una enorme significación en todos los sentidos, y resulta enriquecedor en la medida en que permite un análisis más preciso de los costes y beneficios imputable a ambas alternativas.

Ante esta situación, el «*market approach*» es una de las soluciones posibilistas a considerar; la competencia entre los sistemas fiscales de los países miembros podría conducir, a largo plazo, a una convergencia de los mismos basada en las fórmulas que hayan probado una mayor eficiencia. Lo que necesita la Unión Europea, desde nuestro punto de vista, no es una integración y armonización total (que no existe ni en los Estados federales); la existencia de diferencias entre las naciones es un factor enriquecedor y

que permite la aplicación de un conocido proceso de revelación de preferencias individuales: «el voto con los pies».

En Europa se necesita una armonización fiscal sin fronteras, que solo será posible cuando los aspectos económicos priven sobre los intereses políticos. Hay que hacer hincapié en que los múltiples problemas y dificultades pasadas, presentes y futuras del proceso de armonización no están causados por la imposibilidad técnica de encontrar soluciones apropiadas, sino por la obstinación de los Estados miembros en mantener una soberanía plena en materia fiscal, y en tratar de utilizar la Comisión Europea para sus propios fines. Ésta puede convertirse en un Euro-Leviatán cuyos costes superen en mucho a los beneficios que obtengan los ciudadanos de los Estados miembros de la Unión que, en última instancia, deben ser los beneficiarios de una verdadera integración económica en Europa.

Desde esta óptica, no resulta excesivamente complicado afirmar que las dificultades de difícil resolución que caracterizan la consecución de la armonización, decantarán en principio la balanza en favor de la diversidad tributaria en los Estados miembros.

Los inconvenientes relativos a la existencia de sistemas fiscales muy diferentes en el seno de la Unión no deben causar una alarma generalizada, puesto que del avance de la propia integración económica se derivará una progresiva aproximación entre los impuestos de los distintos países.

En ningún caso puede aceptarse que la citada convergencia esté exenta de costes, pero será preciso asumirlos, puesto que desde el punto de vista estratégico no parece que existan alternativas viables a corto plazo.

Si se acepta la argumentación anterior, resulta inevitable que la convergencia tributaria comunitaria esté guiada esencialmente por el principio de competencia del que, en términos generales, sería preciso agotar beneficios y atenuar los costes.

Por otro lado no es correcto anatemizar la competencia fiscal como un peligro para el buen funcionamiento del Mercado Único. La competencia fiscal puede ser preferible si se considera que supondrá una presión a la baja sobre las demandas de recaudación de políticas situadas por encima del óptimo. La competencia introduce una mayor eficiencia en el control del gasto y en la actuación del Sector Público. Además, la competencia evita restricciones que impidan a los países realizar reformas fiscales de interés nacional o inhibir los ajustes de los impuestos a circunstancias económicas cambiantes.

Es evidente que la valoración de ambas opciones depende en gran medida de los planteamientos políticos y de jerarquía de objetivos a satisfacer, sin embargo, ello no implica acertar una cierta conciliación entre ambas estrategias.

Incluso, aunque se desee la diversidad fiscal, se necesita cierto grado de coordinación, aunque resulta difícil determinar el alcance de la misma; debido a que, en algunos casos, los beneficios de pretender la discrecio-

nalidad nacional en el ajuste de la política fiscal pueden superar los costes asociados a una coordinación inadecuada.

Aunque se acepte que una cierta armonización fiscal selectiva es deseable, no puede negarse que la diversidad se adapta mejor a las estrategias de los Estados comunitarios. En este sentido, la corriente de pensamiento que valora con reservas la armonización fiscal, aboga bien por las ventajas de la diversidad fiscal, bien por una decidida competencia. También en este caso, el debate es escasamente operativo porque un mercado integrado tenderá progresivamente a aproximar los sistemas tributarios nacionales, al margen de si la competencia en sí se ve como un factor favorable o perjudicial para cada país.

Por último, interesa remarcar que cualquier referencia a la armonización o competencia fiscal no debe conducir al olvido de las prioridades de reforma fiscal, que son a las que debe orientarse cualquier sistema tributario, con independencia de otras consideraciones.

Parece evidente que las facultades de que un proceso coordinado de armonización, desarrollado por agentes que no buscan buenas estructuras fiscales en sus propios países, pueda conducir a una buena estructura armonizada.

En otras palabras, la prioridad de las autoridades tributarias debe centrarse en la mejora de las normas fiscales y su aplicación. La estructura del sistema impositivo de cada país debe juzgarse con criterios de suficiencia, equidad, eficiencia y factibilidad. La reforma de la fiscalidad no puede realizarse fuera de este contexto.

EL TRÁMITE DE INFORMACIÓN Y OBSERVACIONES DEL ART. 11.4 DEL REGLAMENTO 1/2003 Y SU ENCAJE EN EL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR ESPAÑOL

Francisco CANTOS BAQUEDANO
y Jonathan ENTRENA ROVERS *
Freshfields Bruckhaus Deringer LLP

1. INTRODUCCIÓN

El art. 11.4 del Reglamento 1/2003¹ (*art. 11.4*) regula el deber de las autoridades nacionales de competencia (*ANC*) de informar a la Comisión Europea (*Comisión*) cuando van a adoptar una decisión declarativa de infracción, de compromisos o de retirada de la cobertura de un reglamento de exención por categorías, en aplicación del Derecho comunitario de la competencia.

En España, la Comisión Nacional de Competencia (*CNC*) ha cumplido escrupulosamente con dicho trámite y la Comisión, por su parte, no ha mostrado gran interés en intervenir a raíz del mismo, por lo que la aplicación del art. 11.4 había pasado desapercibida para la práctica y la doctrina. Sin embargo, todo apunta a que recientemente ha existido una mayor actividad en torno a la aplicación de dicho trámite que ha abierto un interesante debate respecto de sus límites, su encaje en el procedimiento ante la CNC y el respeto a los derechos de defensa de las partes en el marco de procedimientos sancionadores.

En el presente artículo, a modo de introducción, analizaremos brevemente la razón de ser del art. 11.4 y su regulación en el Reglamento 1/2003 y en la Comunicación de la Comisión sobre la Cooperación en la Red de Autoridades de Competencia² (*Comunicación*). A continuación, expondremos las conclusiones que pueden extraerse de la práctica de la Comisión y

* Abogados, Freshfields Bruckhaus Deringer, Madrid.

¹ Reglamento 1/2003 del Consejo de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los arts. 81 y 82 del Tratado, *DO L 1*, de 2003.

² Comunicación de la Comisión sobre la cooperación en la Red de Autoridades de Competencia de 27 de abril de 2004 (2004/C 101/2003).

la CNC en relación con esta disposición, así como los riesgos que pueden resultar de la misma. Por último, se sugieren ciertas modificaciones de la actual práctica de la CNC, para que la realización de dicho trámite garantice el respeto a los derechos de las partes a un procedimiento justo y con todas las garantías.

2. RAZÓN DE SER DEL ART. 11.4

El Reglamento 1/2003 —la piedra angular del proceso de modernización del Derecho de la competencia comunitario— tuvo como objetivo principal la descentralización de la aplicación de los arts. 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). Para ello, implantó un sistema de competencias concurrentes en donde la Comisión y las ANC pueden aplicar, en rango de igualdad, el Derecho comunitario de la competencia. Con dicho fin, facultó a las ANC para aplicar plenamente los arts. 101 y 102 TFEU³ y creó la Red Europea de Competencia (REC)⁴.

Para regular la aplicación concurrente de las normas de competencia comunitarias por las autoridades de la REC, el Reglamento 1/2003 estableció mecanismos de información y consulta entre las mismas. Dichos mecanismos tienen por objeto principal la óptima asignación de los asuntos en el seno de la REC y la aplicación eficaz y coherente del Derecho comunitario de la competencia.

El trámite de información establecido en el art. 11.4 puede calificarse como el último resorte que, en combinación con el art. 11.6 del Reglamento 1/2003 (art. 11.6)⁵, puede utilizar la Comisión para velar por la aplicación coherente de las normas de competencia comunitario por las ANC.

3. EL TRÁMITE DE INFORMACIÓN A LA COMISIÓN REGULADO EN EL ART. 11.4

El art. 11.4 establece la obligación de las ANC de informar a la Comisión al menos 30 días antes de la adopción de una decisión por la que se ordene la cesación de una infracción, se acepten compromisos, o se retire la cobertura de un reglamento de exención por categorías.

³ Además, el art. 3.1 del Reglamento 1/2003 obliga a las ANC a aplicar el Derecho comunitario de la competencia conjuntamente con el nacional en los casos en que las conductas analizadas puedan afectar al comercio entre los Estados miembros.

⁴ La REC es la red de autoridades de competencia formada por la Comisión y las ANC de los Estados miembros de la Unión Europea (UE) que sirve como foro para la cooperación en la aplicación del Derecho de la competencia en la UE. Más información disponible en http://ec.europa.eu/competition/ecn/index_en.html.

⁵ El art. 11.6 establece la posibilidad de que la Comisión incoe procedimiento y retire la competencia a las ANC que están instruyendo el mismo: «La incoación de un procedimiento por parte de la Comisión con vistas a la adopción de una decisión en aplicación del capítulo III privará a las autoridades de competencia de los Estados miembros de su competencia para aplicar los artículos 81 y 82 del Tratado. Si una autoridad de competencia de un Estado miembro está actuando ya en un asunto, la Comisión únicamente incoará el procedimiento tras consultar con la autoridad nacional de competencia».

«A más tardar 30 días antes de la adopción de una decisión por la que se ordene la cesación de una infracción, por la que se acepten compromisos o por la que se retire la cobertura de un reglamento de exención por categorías, las autoridades competentes de los Estados miembros informarán de ello a la Comisión. A tal efecto, le proporcionarán una exposición resumida del asunto y el texto de la decisión prevista o, en ausencia de ésta, cualquier otro documento en el que se indique la línea de acción propuesta [...]».

Del texto del art. 11.4 se extrae claramente que se trata de un deber de información y no de consulta, esto es, que el art. 11.4 no faculta a la Comisión para presentar observaciones respecto a los borradores de decisión transmitidos por las ANC. No obstante, como se indica más adelante, en la práctica, la Comisión sí realiza observaciones.

A este respecto, es interesante resaltar que en el proceso legislativo del Reglamento 1/2003, la Comisión propuso que el trámite del art. 11.4 fuese de consulta y no de mera información. En concreto, en la Propuesta de Reglamento 1/2003⁶ presentada por la Comisión se establecía «una obligación de consulta en relación con todas las decisiones adoptadas por las autoridades de los Estados miembros»⁷. Sin embargo, el hecho de que el Consejo de la UE no adoptase dicha propuesta sino que la modificase para establecer un mero trámite de información, demuestra que los Estados miembros querían para las ANC un trato «de igual a igual» frente a la Comisión y evitar injerencias en procedimientos nacionales a escasas semanas de su resolución.

También es importante indicar que el deber de información impuesto por el art. 11.4 es limitado, quedando restringido a las resoluciones que i) ordenen la cesación de una infracción; ii) acepten compromisos, y iii) que retiren la cobertura de un reglamento de exención por categorías, en aplicación del Derecho comunitario de la competencia. Por tanto, no debe informarse a la Comisión cuando se vaya a adoptar otro tipo de decisiones, como, por ejemplo, las que declaran no acreditada una infracción. Las ANC deben enviar a la Comisión i) una exposición resumida del asunto, y ii) el texto de la decisión que prevean adoptar. Si a raíz de su análisis la Comisión estimase necesario el estudio de documentos adicionales para evaluar correctamente el asunto, las ANC deberán ponerlos a su disposición. Toda esta documentación también puede intercambiarse entre las distintas ANC.

De lo anterior se deduce que el legislador quiso establecer en el art. 11.4 un mero trámite de información para que la Comisión, en caso de que es-

⁶ Propuesta de Reglamento del Consejo, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los arts. 81 y 82 del Tratado, y por el que se modifican los Reglamentos (CEE) núm. 1017/68, (CEE) núm. 2988/74, (CEE) núm. 4056/86 y (CEE) núm. 3975/87.

⁷ En concreto, el art. 11.4 de la Propuesta de Reglamento presentada por la Comisión rezaba: «En caso de que las autoridades de competencia de los Estados miembros se planteen adoptar, en aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado, una Decisión por la que se ordene el cese de una infracción, se acepten compromisos o se retire el beneficio de un Reglamento de exención por categorías, consultarán previamente a la Comisión. A tal efecto, le remitirán, a más tardar un mes antes de adoptarse la decisión, un resumen del asunto y copias de los documentos más importantes elaborados en el marco de su procedimiento. A instancias de la Comisión, le remitirán copia de cualquier otro documento del expediente».

time que el borrador de decisión de la ANC pone en peligro la aplicación coherente de la normativa comunitaria de competencia, pueda i) incoar procedimiento en virtud del art. 11.6 tras consultar con la autoridad de competencia que se encuentre instruyendo dicho asunto, y/o ii) discutir el contenido del borrador de decisión en el Comité Consultivo de la REC⁸.

La utilización del art. 11.6 a raíz del trámite de información del art. 11.4 tiene un claro carácter excepcional⁹. Tanto es así que, al menos ante la CNC, no se ha utilizado en ninguna ocasión¹⁰. Esto parece lógico, ya que la Comisión y las ANC tienen varias oportunidades a lo largo del procedimiento para acordar cuál es la autoridad mejor situada para investigar el asunto, así como para discutir sobre la coherencia de la decisión de la ANC con el Derecho comunitario de la competencia¹¹. Por tanto, el uso del art. 11.6 a escasas semanas de la resolución de un procedimiento nacional sería sintomático de una mala coordinación en el seno de la REC y puede causar un grave perjuicio a los administrados¹², al suspender un procedimiento que se encuentra a escasos días de finalizar y comenzar un nuevo expediente de duración indeterminada.

4. EL TRÁMITE DE OBSERVACIONES DE LA COMISIÓN A LAS ANC ESTABLECIDO EN LA COMUNICACIÓN

La Comunicación desarrolló lo establecido en el Reglamento 1/2003 ampliando los poderes de la Comisión. En concreto, el párrafo 46 de la Comunicación establece que la Comisión podrá realizar observaciones escritas respecto de un asunto antes de la adopción de la decisión por la ANC

⁸ Esta posibilidad se regula en el art. 14.7 del Reglamento 1/2003. No obstante, dado el plazo de 30 días que tiene la Comisión para realizar observaciones parece que en la práctica no será factible convocar e informar al Comité Consultivo y discutir el asunto en su seno en dicho plazo.

⁹ La Comisión solo puede incoar procedimiento en casos concretos, como se establece en el párrafo 54 de la Comunicación: «[...] la Comisión solo aplicará en principio el apartado 6 del artículo 11 del Reglamento del Consejo si se da una de las siguientes condiciones: a) Los miembros de la Red prevén adoptar decisiones contradictorias en el mismo asunto; b) los miembros de la Red prevén adoptar una decisión que entra obviamente en conflicto con la jurisprudencia consolidada [...]; c) los miembros de la Red alargan indebidamente el procedimiento en el asunto; d) es necesario adoptar una decisión de la Comisión para desarrollar la política comunitaria de competencia [...]; e) cuando la autoridad interesada no se opone».

¹⁰ Existe un precedente, la Resolución de la CNC de 6 de septiembre de 2011, *Marca Relojes Joya*, expediente 2786/07, en el que la Comisión utilizó el art. 11.6 para retirar la competencia a la CNC sobre un asunto que se encontraba instruyendo. No obstante, la Comisión incoó procedimiento antes de que la CNC diese cumplimiento al trámite del art. 11.4. En la Resolución de la CNC de 26 de febrero de 2013, *Oracle*, expediente S/0354/11, la Comisión solicitó la suspensión del procedimiento ante la CNC. El Consejo, previo trámite de audiencia a las partes, acordó «no suspender el procedimiento, sin perjuicio de la aplicación del artículo 37.2.a) de la LDC, para el caso en que la Comisión Europea procediese a incoar procedimiento por los mismos hechos».

¹¹ Entre otros, en virtud del art. 11.3 del Reglamento, cuando las ANC apliquen el Derecho comunitario deben informar a la Comisión antes de proceder a realizar las primeras diligencias formales de investigación o inmediatamente después de iniciar dichas diligencias. Del mismo modo, la Comisión puede, por iniciativa propia, llevar a debate en el Comité Consultivo de la REC los asuntos que esté instruyendo una ANC en aplicación del Derecho comunitario.

¹² En particular, al denunciante y/o los sujetos afectados por las conductas supuestamente anti-competitivas.

correspondiente, transformando el trámite de información en un trámite de consulta. De este modo, la Comisión reinstaura por medio de *soft law* el trámite de consulta que propuso en la redacción del proyecto de Reglamento 1/2003 y que fue rechazado por el Consejo de la UE.

«Cuando una autoridad nacional de competencia haya informado a la Comisión conforme al apartado 4 del artículo 11 del Reglamento del Consejo y el plazo de 30 días haya expirado, la decisión podrá ser adoptada siempre que la Comisión no haya incoado un procedimiento. La Comisión podrá hacer observaciones escritas con respecto al asunto antes de la adopción de la decisión por la autoridad nacional de competencia. La autoridad nacional de competencia y la Comisión harán los esfuerzos necesarios para garantizar la aplicación coherente de la normativa comunitaria».

De acuerdo con el párrafo 46 de la Comunicación, la Comisión debe realizar las observaciones por escrito, no contemplando la posibilidad, ni tan siquiera de manera excepcional, de que se presenten observaciones verbales¹³. La Comisión tendrá de plazo para presentar sus observaciones hasta «antes de la adopción de la decisión por la autoridad nacional de la competencia». Por tanto, no parece estrictamente limitado al plazo de 30 días desde que la ANC le da traslado de su borrador de decisión. Eso sí, al cabo de dicho plazo de 30 días, la ANC podrá adoptar la decisión sin necesidad de esperar a recibir las observaciones de la Comisión¹⁴.

Aunque el párrafo 46 de la Comunicación no indica nada respecto al objeto de las observaciones, del contexto se deduce que deben ir dirigidas y limitadas a garantizar la coherencia en la aplicación del Derecho comunitario de la competencia, por lo que se tratará de observaciones sobre los aspectos del borrador de decisión que puedan entrar en conflicto con el Derecho comunitario de la competencia tal y como lo interpreta la Comisión y los Tribunales de la UE. A este respecto, el párrafo 54.b) de la Comunicación establece que para decidir si el borrador de decisión contradice el Derecho comunitario se tomarán como guía «las normas establecidas en las sentencias de los tribunales comunitarios y las decisiones y reglamentos previos de la Comisión» indicando específicamente que «con respecto a la apreciación de los hechos (por ejemplo, la definición del mercado) solamente una divergencia significativa justificaría una intervención de la Comisión». Por tanto, parece que las observaciones de la Comisión, en caso de emitirse, deberán indicar la jurisprudencia, normativa o práctica previa que contradiga la decisión de la ANC.

Las observaciones de la Comisión no son vinculantes para las ANC, que tendrán la última palabra para decidir lo que estimen pertinente. Sin embargo, como indica el propio párrafo 46 de la Comunicación, sí deberán ser

¹³ A este respecto cabe indicar que para otro tipo de observaciones, como por ejemplo, las que pueden realizarse a los tribunales nacionales en virtud del art. 15.3 del Reglamento 1/2003, se estableció expresamente que pueden presentarse observaciones verbales. Lo que, a contrario, refuerza la conclusión de que en virtud del párrafo 46 de la Comunicación únicamente pueden presentarse de forma escrita.

¹⁴ Por otro lado, la Comunicación establece que si la ANC requiere la adopción de una decisión nacional en menos de 30 días, puede solicitar a la Comisión que se pronuncie en un plazo inferior.

tomadas en consideración seriamente por las ANC, al precisar que «la autoridad nacional de competencia y la Comisión harán los esfuerzos necesarios para garantizar la aplicación coherente de la normativa comunitaria».

De esta forma, la Comunicación amplía el procedimiento de información previsto en el Reglamento 1/2003 para convertirlo en un procedimiento de consulta, en el que la Comisión podrá realizar las observaciones escritas que estime pertinentes para la salvaguarda de la coherencia del Derecho comunitario de la competencia y las ANC deberán realizar los «esfuerzos necesarios» para adaptar su resolución a lo indicado por la Comisión¹⁵.

Al margen de que todo apunta a que la voluntad del legislador no era la creación de un mecanismo de consulta como el desarrollado por la Comunicación, entendemos es un mecanismo útil, aunque de aplicación muy excepcional, para garantizar la aplicación coherente del Derecho comunitario de la competencia. Además, no debe olvidarse que la Comunicación ha sido ratificada por cada una de las ANC¹⁶, por lo que existe un consenso en el seno de la REC en torno a su aplicación. En España, tanto la Ley de Defensa de la Competencia (*LDC*) como la práctica de la CNC asumen que el procedimiento del art. 11.4 contempla la posibilidad de que la Comisión realice observaciones escritas al borrador de decisión de la CNC¹⁷.

No obstante, al producirse una modificación del trámite de información previsto en el art. 11.4 y no regularse adecuadamente el procedimiento de consulta instaurado por la Comunicación, se produce un vacío jurídico en torno a su aplicación así como un desajuste del procedimiento ante la CNC que serán comentados más adelante y frente a los que propondremos algunas posibles soluciones.

5. TRÁMITE DE INFORMACIÓN Y OBSERVACIONES EN LA PRÁCTICA

No existen muchos datos disponibles respecto al trámite de información y observaciones, debido al tratamiento confidencial tanto de la información

¹⁵ En este sentido, la Comisión establece un trámite de consulta similar al propuesto en la redacción inicial del art. 11.4 y que el Consejo de la UE rechazó expresamente. De hecho, el trámite de información «ampliado» se sitúa más en línea con el establecido en el art. 15.3 del Reglamento relativo a la cooperación con los órganos jurisdiccionales nacionales, donde se establece que: «Cuando la aplicación coherente de los artículos 81 u 82 del tratado lo requieran, la Comisión, por propia iniciativa, podrá presentar observaciones por escrito a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros. Con la venia del correspondiente órgano jurisdiccional podrán presentar también observaciones verbales».

¹⁶ Todas las ANC han firmado la Declaración sobre la Comunicación de la Comisión sobre la Cooperación en la Red de Autoridades de Competencia. Disponible en http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/list_of_authorities_joint_statement.pdf.

¹⁷ Por ejemplo, el art. 42, párrafo 2.º de la LDC, establece que: «En todo caso, se formará pieza separada especial de carácter confidencial con la información remitida por la Comisión en respuesta a la remisión del borrador de resolución de la CNC previsto en el Artículo 11.4 del Reglamento». También en las notificaciones de la CNC relativas a la suspensión del procedimiento en virtud del art. 37.2.c) LDC, donde se establece que se suspende el plazo hasta la recepción de las observaciones de la Comisión o hasta que transcurra el plazo de 30 días que la Comisión tiene para realizarlas.

enviada por la CNC a la Comisión¹⁸ como de las observaciones emitidas por la Comisión¹⁹. No obstante, se pueden extraer ciertas conclusiones de la información pública, disponible en las resoluciones y memorias de la CNC así como de estadísticas, informes y manuales de procedimiento de la Comisión.

A. PRÁCTICA DE LA CNC RELATIVA AL TRÁMITE DE INFORMACIÓN A LA COMISIÓN

Del estudio de la práctica de la CNC se deduce que esta ha cumplido escrupulosamente con su deber de información a la Comisión. En relación con la utilización de dicho trámite, las estadísticas de la Comisión indican que desde el 1 de mayo de 2004 (fecha de entrada en vigor del Reglamento 1/2003) hasta el pasado 31 de julio de 2013, la CNC ha remitido 80 borradores de resolución a la Comisión, siendo solo superada por Francia (94), Alemania (87) e Italia (86). En cifras globales, las ANC han remitido en dicho periodo un total de 683 asuntos a la Comisión²⁰.

Normalmente la CNC procede a informar a la Comisión en el tramo final de la fase de resolución. Según lo establecido en el art. 37.2.c) LDC, la CNC suspende automáticamente el plazo máximo para resolver una vez procede a la remisión de la información en virtud del art. 11.4 «hasta que se dé respuesta por la Comisión a la información remitida o transcurra el término a que hace referencia el artículo 11.4»²¹. En la práctica, al no haberse pronunciado nunca la Comisión, al menos formalmente, el plazo se ha suspendido durante los 30 días estipulados en el art. 11.4.

De la información disponible en las resoluciones puede deducirse que mientras que en un principio el Consejo de la CNC (*Consejo*) remitía automáticamente la propuesta de resolución de la Dirección de Investigación (*DI*)²², ahora el Consejo envía a la Comisión bien el borrador de resolución que prevea adoptar, bien la propuesta de resolución de la DI, pero únicamente si tras valorarla está de acuerdo con la misma.

Lo anterior se puede deducir del asunto *Microsoft Tech*²³, donde el Consejo indicó que no remitió la propuesta de resolución de la DI al discrepar

¹⁸ Como así lo ha calificado la Sentencia de la Audiencia Nacional en el asunto *Unión de Almacénistas de Hierro de España*, de 17 de diciembre de 2012, SAN 5207/2012, en su fundamento de derecho 5.º

¹⁹ Confidencialidad *ex lege* declarada por el art. 42, párrafo 2.º LDC. Además, como indicamos más adelante, estas observaciones muy probablemente no serán accesibles mediante el Reglamento de Transparencia de las instituciones de la UE.

²⁰ Las estadísticas de la Comisión están disponibles en <http://ec.europa.eu/competition/ecn/statistics.html>. Los Informes de la CNC indican que esta ha hecho uso del trámite del art. 11.4 en 71 ocasiones entre los años 2007 y 2012.

²¹ Texto literal estándar del acuerdo de remisión de la CNC a la Comisión.

²² En particular con anterioridad a la LDC, el extinto Tribunal de Defensa de la Competencia (*TDC*) enviaba a la Comisión el Informe Propuesta del Servicio de Defensa de la Competencia (*SDC*) de manera cuasiautomática.

²³ Resolución de la CNC de 14 de marzo de 2013, *Microsoft Tech*, expediente S/0322/11.

con la misma. Igualmente, en el asunto *Unión Almacenistas de Hierros de España*, la Audiencia Nacional indicó que el Consejo envió a la Comisión el texto de la «decisión que se va a adoptar». Además, dado el momento procesal en el que se envían dichos documentos a la Comisión (a escasas semanas de la fecha en que debe adoptarse la resolución), parece más razonable que el Consejo envíe el texto de su propio borrador de resolución, como efectivamente exige el art. 11.4.

Por otro lado, recientemente, en el citado asunto *Microsoft Tech*, el Consejo confirmó que solo envía a la Comisión los borradores declarativos de infracción, de compromisos o de retirada de la cobertura de un reglamento de exención por categorías (esto es, en los casos tasados por el art. 11.4):

«El artículo 11.4 del Reglamento 1/2003 (CE) No 1/2003 del Consejo de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 101 y 102 del TFUE, establece que ante la adopción de una decisión por la que se ordene la cesación de una infracción, por la que se acepten compromisos o por la que se retire la cobertura de un reglamento de exención por categorías, las autoridades competentes de los Estados miembros informarán de ello a la Comisión. El Consejo, como se refleja en la presente Resolución, no consideró acreditada la existencia de una infracción a las normas de competencia reflejadas en el TFUE que hubiese requerido la orden de cesación de la conducta en cuestión, por lo que visto el fallo no concurren los requisitos para la aplicación del citado precepto».

Por último, de acuerdo con el Manual de Procedimiento de la Comisión²⁴, la ANC (en España el Consejo) envía el borrador de decisión por correo electrónico encriptado a la Comisión. Cuando se recibe en el registro electrónico, se envía, por un lado, una alerta a la Unidad A.4 (encargada de la REC) y a la unidad sectorial relevante y, por otro, un recibí a la ANC. El plazo de 30 días para realizar observaciones comienza tras la recepción del formulario electrónico estándar y el borrador de decisión.

B. PRÁCTICA DE LA COMISIÓN RELATIVA A LA APLICACIÓN DEL ART. 11.6 Y ENVÍO DE OBSERVACIONES A LA CNC

No tenemos constancia de que en procedimientos ante la CNC la Comisión haya hecho uso del art. 11.6 a raíz del trámite de información²⁵. Como adelantamos, la incoación del procedimiento en virtud del art. 11.6 tiene un carácter excepcional. A este respecto, el párrafo 54 de la Comuni-

²⁴ Manual de Procedimiento de la Comisión Europea, marzo de 2012. Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2000:0582:FIN:ES:PDF>.

²⁵ Existe un precedente en la Resolución de la CNC de 6 de septiembre de 2011, *Marca Relojes Joya*, expediente 2786/07, en el que la Comisión utilizó el art. 11.6 para retirar la competencia a la CNC sobre un asunto que se encontraba instruyendo. No obstante, la Comisión incoó procedimiento antes de que la CNC diese cumplimiento al trámite del art. 11.4. A nivel europeo, el último Informe de la Comisión relativo a la aplicación del Reglamento 1/2003 establece que ninguno de los asuntos informados a la Comisión por las ANC en virtud del art. 11.4 había dado lugar a que la Comisión incoara un procedimiento de conformidad con el art. 11.6.

cación establece que la Comisión solo puede incoar procedimiento en casos tasados y tras consultar con la autoridad que se encuentre instruyendo el asunto. Además, el Manual de Procedimiento de la Comisión establece que dicha decisión deberá i) ser adoptada de manera colegiada²⁶, y ii) no más tarde de 14 días después de haber recibido el borrador de decisión. Entendemos que estos requisitos tan estrictos se deben a las amplias facultades que tiene la Comisión para, desde el principio del procedimiento, conocer los asuntos que están tramitando las ANC, discutirlos en el seno de la REC e incoar un procedimiento en caso de que lo estime oportuno; así como al grave perjuicio que se causa tanto a la ANC que ha invertido sus recursos en la investigación del asunto como a las partes del procedimiento.

En relación con el envío de observaciones formales por parte de la Comisión en virtud del art. 11.4, solo conocemos dos resoluciones en las que la CNC reconoció expresamente que la Comisión había presentado dichas observaciones²⁷. En concreto, en el asunto *Empresas Estibadoras* la CNC indica en su resolución que «[l]a respuesta de los servicios de la Comisión recibida el 15 de junio de 2009 consta en pieza separada especial de carácter confidencial tal como dispone el párrafo 3.º del artículo 42 de la LDC». Sin embargo, recientemente, en la resolución en el asunto *Mensajes Cortos*²⁸ la CNC no especifica que dichas observaciones se hubieran realizado²⁹, aunque ello pueda deducirse de la argumentación que realiza el Consejo sobre la denegación del acceso a dichos documentos en el Fundamento de Derecho 4.º de la resolución. Si bien las observaciones de la Comisión tienen un tratamiento confidencial *ex lege* como indica la CNC en *Mensajes Cortos*, ello no debe ser obstáculo a que la CNC deba comunicar expresamente que la Comisión ha presentado dichas observaciones, así como de la apertura de pieza separada, pues ese dato es relevante para los derechos de las partes intervinientes en un procedimiento sancionador.

De acuerdo con el Manual de Procedimiento de la Comisión, la Unidad A.4 actúa como líder del proceso de revisión del borrador de decisión y preparación de la respuesta a la ANC. Para ello tendrá en cuenta, en su caso, el *input* de la unidad sectorial involucrada. El borrador de respuesta se envía al Servicio Jurídico de la Comisión para su revisión, que dará una respuesta en un máximo de cinco días. A lo largo de este proceso se involucra a funcionarios de la Comisión que hablen la lengua del procedimiento o, en caso de que no fuera posible, se contacta con los servicios de la Dirección General de Traducción de la Comisión.

²⁶ Entendemos que por el Colegio de Comisarios.

²⁷ Resolución de la CNC de 24 de septiembre de 2009, *Empresas Estibadoras*, expediente 2805/07 y Resolución de 9 de diciembre de 2008, *Fonogramas*, expediente 636/07.

²⁸ Resolución de la CNC de 19 de diciembre de 2012, *Mensajes Cortos*, expediente S/248/10.

²⁹ A diferencia de la resolución en el asunto *Empresas Estibadoras*, en *Mensajes Cortos* la CNC indica que «se acordó suspender el plazo máximo para resolver el expediente de referencia hasta que se diese respuesta por la Comisión Europea a la información remitida o transcurriera el término a que hace referencia el artículo 11.4 del Reglamento (CE) n° 1/2003. Superado dicho plazo, procede levantar la suspensión acordada desde el día siguiente a la finalización del mismo...».

A pesar de que el Reglamento 1/2003 no establece la posibilidad de que la Comisión pueda realizar observaciones y que la Comunicación especifique que, de realizarse, deben ser formuladas por escrito, el Manual de Procedimiento de la Comisión indica que se podrán hacer de manera informal, por teléfono o por escrito. En concreto, la Comisión indica que cuando no tenga comentarios se informará informalmente a la ANC, cuando se realicen observaciones menores se tramitarán por conferencia telefónica y en caso de que tengan comentarios más relevantes, las observaciones se «podrán» realizar por escrito. Concluyendo sobre su práctica que «todas las observaciones se mantendrán internas en la red y no se transmitirán a las partes». En el mismo sentido, el Informe de la Comisión relativo a la aplicación del Reglamento 1/2003³⁰ establece que: «De conformidad con el artículo 11, apartado 4, se ha desarrollado una práctica de discutir con carácter informal la línea de acción propuesta por la autoridad nacional entre los servicios y dentro de los límites de la confidencialidad de la Red»³¹. Lo anterior viene a indicar que la práctica habitual de la Comisión es transmitir sus observaciones a las ANC de manera informal, ya sea verbalmente o por escrito, manteniéndolas en secreto frente a las partes involucradas en el procedimiento nacional.

De aplicarse lo anterior, el trámite de observaciones se estaría realizando al margen de lo establecido en el Reglamento 1/2003 e incluso en la Comunicación. Aunque la discusión de los asuntos en el seno de la REC esté permitida³², ni el Reglamento 1/2003 ni la Comunicación permiten el desarrollo de prácticas informales para que la Comisión transmita sus observaciones a las ANC al margen del procedimiento establecido. Al contrario, como se ha indicado, la exigencia legal es que las observaciones, si se realizan, se hagan por escrito y quede constancia de las mismas.

De no hacerse así, además de ir en contra de las mencionadas normas, la transmisión de manera extraoficial y secreta de las observaciones —que muy probablemente irán dirigidas a modificar el borrador de decisión— podría atentar gravemente contra los derechos de las partes a un procedimiento justo y con todas las garantías, a sus derechos de defensa, que podrían ser impunemente violentados, así como contra los principios de publicidad y contradicción.

Es probable que esta práctica informal y no permitida por el Reglamento 1/2003 ni por la Comunicación se haya producido en algunos expedientes recientes ante la CNC y que incluso hubiera podido influir decisivamente en la resolución final del Consejo. Por ejemplo, en los asuntos *Producción*

³⁰ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, Informe sobre el Funcionamiento del Reglamento 1/2003, de 29 de abril de 2009.

³¹ Aunque la Comisión se refiere a la discusión del asunto entre los servicios de la REC, al indicar que la práctica «informal» es relativa al trámite del art. 11.4, es muy probable que se refiera a contactos informales entre la Comisión y la ANC en relación con la coherencia del borrador de decisión con el Derecho comunitario de la competencia.

³² Los arts. 11, 12 y 14 del Reglamento 1/2003 establecen la cooperación entre autoridades de competencia, el intercambio y uso de información confidencial y la consulta con el Comité Consultivo de la REC.

*Fútbol*³³ y *Oracle*³⁴ el Consejo envió sendos borradores de resolución declarativos de infracción a la Comisión³⁵ y, sin que conste en las resoluciones que la Comisión haya realizado observaciones, ni que el Consejo haya realizado ningún trámite posterior, el Consejo resuelve en sentido contrario a lo indicado en el borrador de resolución que hizo llegar a la Comisión (*i. e.*, la no acreditación de infracción).

6. DIFICULTADES DE APLICACIÓN DEL TRÁMITE DE OBSERVACIONES ESTABLECIDO EN LA COMUNICACIÓN. LA CONFIDENCIALIDAD *EX LEGE*

Al margen de la mencionada actividad «informal» desarrollada alrededor del art. 11.4, el trámite de observaciones manifiesta ciertas dificultades de encaje en el procedimiento ante la CNC.

La LDC, el Reglamento 1/2003 y la Comunicación no regulan adecuadamente el procedimiento ni protegen los derechos de las partes en caso de que la Comisión realice observaciones. El plazo que se otorga la Comisión en el apartado 46 de la Comunicación para presentar las mencionadas observaciones, esto es, hasta «antes de la adopción de la decisión por la autoridad nacional de competencia», puede dar lugar a que la CNC reciba las observaciones de la Comisión a falta de escasos días (o incluso horas) de adoptar la resolución. Por su parte, la LDC únicamente establece la suspensión del procedimiento hasta la recepción de las observaciones [art. 37.2.c)] y el tratamiento confidencial de las mismas (art. 42).

Esta regulación parcial del trámite de observaciones genera un desajuste en el procedimiento ante la CNC, pero lo que es más grave, al imponer la confidencialidad de las observaciones «en todo caso», podría dar lugar a la infracción del derecho de defensa de las partes y del principio de contradicción del procedimiento.

A. LA CONFIDENCIALIDAD DE LAS OBSERVACIONES DE LA COMISIÓN

El art. 42, párrafo 2.º de la LDC establece la confidencialidad *ex lege* en todo caso de las observaciones de la Comisión: «En todo caso, se formará

³³ Resolución de la CNC de 17 abril de 2012, *Producción Fútbol*, expediente S/0242/10.

³⁴ Resolución de la CNC de 26 de febrero de 2013, *Oracle*, expediente S/0354/11. Además, hay un precedente más antiguo, *Tarjetas Prepago de Telefónica*, de 1 de marzo de 2007, expediente 610/06 en el que el extinto TDC envió a la Comisión un informe propuesta declarativo de infracción y finalmente decidió que no quedaba acreditada la infracción. Dicho asunto se diferencia de los más recientes en que el TDC envía a la Comisión el informe propuesta del SDC automáticamente, realizando posteriormente los trámites de prueba y audiencia, por lo que el cambio de opinión del TDC no puede relacionarse directamente con la posible intervención de la Comisión.

³⁵ Al evacuar el trámite del art. 11.4, conforme al texto del art. 11.4 y lo indicado por el Consejo en *Microsoft Tech*, la CNC solo pudo enviar un borrador de resolución declarativa de infracción a la Comisión. Ya que, por las circunstancias del procedimiento, no pudo ser ni de compromisos ni retirando la cobertura de un reglamento de exención por categorías.

pieza separada especial con carácter confidencial con la información remitida por la Comisión en respuesta a la remisión del borrador de resolución de la Comisión Nacional de la Competencia previsto en el artículo 11.4».

Resulta relevante mencionar que dicho párrafo no se encontraba en la redacción inicial del art. 42 del Anteproyecto de LDC³⁶. Fue tras el procedimiento de consulta pública cuando se añade para proteger específicamente las observaciones de la Comisión. Dado que entre las observaciones presentadas al Anteproyecto de LDC³⁷ no se encuentra ninguna que reclamase dicho cambio, pudo tratarse de una modificación solicitada por la Comisión a través de la REC u otros medios.

a) *El tratamiento confidencial «en todo caso» de las observaciones de la Comisión no está justificado*

El art. 37, apartados 4 y 5 de la Ley 30/1992 establece que el derecho de acceso a los documentos de un procedimiento administrativo³⁸ podrá ser denegado cuando prevalezcan razones de interés público, por intereses de terceros más dignos de protección, cuando se trate de expedientes relativos a materias protegidas por el secreto comercial o industrial o cuando así lo disponga una ley³⁹.

Por tanto, solo se justifica en que así lo dispone el art. 42, párrafo 2.º de la LDC. Sin embargo, como hemos comentado, el aterrizaje de dicho párrafo en la LDC se produce en circunstancias poco claras y no está motivado, pudiendo ser fruto del resultado de una errónea interpretación del Reglamento 1/2003.

Efectivamente, es probable que a la hora de establecer la confidencialidad *ex lege* de las observaciones de la Comisión, el legislador nacional se haya basado equivocadamente en lo dispuesto en el art. 27.2 del Reglamento 1/2003 que establece que «el derecho de acceso al expediente no se extiende a los intercambios de correspondencia entre la Comisión y las autoridades de competencia de los Estados miembros o entre estas últimas, incluidos los documentos elaborados en virtud de los artículos 11 y 14». Sin embargo, debe recordarse que el art. 11.4 no menciona la posibilidad de que la Comisión realice observaciones al borrador de resolución de la CNC, por lo que dicha comunicación no puede entenderse cubierta por el art. 27.2 del Reglamento 1/2003. Además, no parece razonable que las observaciones de la Comisión reciban el mismo tratamiento que el envío de

³⁶ El Libro Blanco, el Anteproyecto y el Proyecto de Ley, así como las observaciones recibidas se encuentran disponibles en la página web de la CNC: <http://www.cncompetencia.es/Inicio/ConocerlaCNC/Publicaciones/tabid/188/Default.aspx?pag=2>.

³⁷ Las observaciones recibidas de autores que han consentido en su publicación se encuentran disponibles en la página web de la CNC: <http://www.cncompetencia.es/Inicio/ConocerlaCNC/Publicaciones/ObseralAnteproyectodeLeydeDefendelaComp/tabid/190/Default.aspx>.

³⁸ Establecido en los arts. 35.a) y 71.1 de la Ley 30/1992.

³⁹ La lista completa de posibilidades se encuentra en el apartado 5 del art. 37 de la Ley 30/1992.

correspondencia entre autoridades de competencia, ya que las observaciones contienen una valoración jurídica sobre la coherencia de la decisión de una ANC con el Derecho comunitario y pueden afectar a la resolución del procedimiento nacional de manera fundamental.

Aún en el caso en el que se entienda que las observaciones de la Comisión deben recibir el tratamiento de correspondencia, la Comunicación relativa a las normas de acceso al expediente de la Comisión⁴⁰ establece excepciones al tratamiento confidencial, no aplicándose a documentos que sean «pertinentes para la defensa de las partes». Dicho límite a la confidencialidad fue corroborado por la Audiencia Nacional en los asuntos *Almacenistas de Hierro*⁴¹ y *Empresas Estibadoras*⁴² donde se estableció que negar el acceso a los documentos intercambiados entre la Comisión y la CNC en aplicación del art. 11.4 no suponía una violación del derecho de defensa porque no eran documentos «pertinentes para la defensa de las partes»⁴³. Por lo que, a contrario, nosotros defendemos que declarar la confidencialidad de correspondencia entre autoridades de competencia que sí sea pertinente para la defensa de los intereses de las partes supondría una clara violación del derecho de defensa.

b) *Las observaciones que la Comisión realiza a los órganos jurisdiccionales no tienen tratamiento confidencial*

El art. 15.3 del Reglamento 1/2003 establece que, con el fin de garantizar la aplicación coherente del Derecho comunitario de la competencia, la Comisión podrá presentar por iniciativa propia observaciones por escrito a los órganos jurisdiccionales nacionales que se encuentren aplicando los arts. 101 y 102 TFUE. Por tanto, estas observaciones, que se realizan por escrito (o verbalmente con la venia del órgano jurisdiccional) tienen el mismo contenido y cometido que las observaciones que realiza la Comisión en virtud del art. 11.4.

No obstante, el procedimiento donde se enmarcan las observaciones a los órganos jurisdiccionales, regulado entre otros en el art. 15 bis de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, no otorga ningún tipo de tratamiento de confidencialidad a las mismas. Más bien al contrario, lo que se deduce de

⁴⁰ Comunicación de la Comisión relativa a las normas de acceso al expediente de la Comisión en los supuestos de aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado CE, los arts. 53, 54 y 57 del Acuerdo EEE, y el Reglamento (CE) 139/2004 del Consejo (2005/C 325/07).

⁴¹ Sentencia de la Audiencia Nacional en el asunto *Unión de Almacenistas de Hierro de España*, de 17 de diciembre de 2012, SAN 5207/2012.

⁴² Sentencia de la Audiencia Nacional en el asunto *Empresas Estibadoras*, de 5 de julio de 2012, SAN 3267/2012.

⁴³ A modo de comparación, debe indicarse que mientras que la información que envía la CNC a la Comisión se trata de información interna de la CNC respecto a la resolución del asunto en función de los documentos que figuran en el expediente y que ya han tenido acceso las partes, las observaciones de la Comisión son las alegaciones de un tercero sobre el expediente al que las partes no han tenido acceso y deberían tener el derecho de opinar. No obstante, no podemos compartir el criterio de la Audiencia Nacional al denegar el acceso a la documentación solicitada por el recurrente, pues la documentación no está, strictu sensu, protegida *ex lege*.

las normas procedimentales de la jurisdicción civil es que las observaciones de la Comisión serán recibidas por el órgano jurisdiccional y se unirán a las actuaciones, pudiendo las partes del procedimiento acceder a ellas y alegar lo que estimen oportuno en Derecho⁴⁴. Pero sin duda lo que resulta más llamativo es que la propia Comisión publica las observaciones que realiza a los órganos jurisdiccionales nacionales⁴⁵ en su propia página web, mientras que mantiene en secreto las observaciones a las ANC.

En conclusión, las mismas observaciones de la Comisión reciben un tratamiento radicalmente opuesto en relación con su tratamiento confidencial según se realicen en el marco de un procedimiento administrativo o de un procedimiento judicial. Lo anterior no está justificado, dado que la finalidad perseguida es la misma, y pone de manifiesto la ausencia de fundamento jurídico alguno para establecer la confidencialidad *ex lege* de dichas observaciones en el procedimiento ante la CNC.

c) *El acceso al procedimiento nacional es necesario al resultar improbable el acceso a las mismas a través de la Comisión*

El Reglamento 1049/2001, de acceso al público de los documentos de las instituciones de la UE (*Reglamento de Transparencia*)⁴⁶, es la única opción viable a nivel comunitario para acceder a los documentos que contengan las observaciones de la Comisión. Dicho reglamento proclama un derecho casi universal de acceso a los documentos de las instituciones, por lo que en principio se podría aplicar a las observaciones de la Comisión. Sin embargo, este derecho se recorta mediante una serie de excepciones listadas en su art. 4.

En este sentido, Unión de Almacenistas de Hierros de España solicitó sobre la base del Reglamento de Transparencia el acceso a los documentos intercambiados entre la Comisión y la CNC en virtud del trámite del art. 11.4 en los asuntos S/106/08 y S/254/10. La Comisión otorgó acceso a los acuses de recibo de la Comisión pero denegó el acceso a la información enviada por la CNC a la Comisión sobre la base de las excepciones contenidas en el art. 4 del Reglamento de Transparencia. Esta decisión de la Comisión ha sido recurrida ante el Tribunal General el pasado 14 de agosto de 2013, en el asunto T-419/13, *Unión de Almacenistas de Hierros de España c. Comisión*. No obstante, debe recordarse que en este asunto la Comisión no presentó observaciones y que lo que reclama el recurrente es el acceso a la información que envió la CNC a la Comisión.

⁴⁴ En este sentido el art. 232 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que «1. Las actuaciones judiciales serán públicas, con las excepciones que prevean las leyes de procedimiento. 2. Excepcionalmente, por razones de orden público y de protección de los derechos y libertades, los Jueces y Tribunales, mediante resolución motivada, podrán limitar el ámbito de la publicidad y acordar el carácter secreto de todas o parte de las actuaciones».

⁴⁵ Disponible en http://ec.europa.eu/competition/court/antitrust_amicus_curiae.html.

⁴⁶ Reglamento (CE) 1049/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2001, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión.

Sin embargo, dada la más que probable reticencia de la Comisión a levantar la confidencialidad sobre sus observaciones, es muy probable que intente utilizar alguna excepción del art. 4 del Reglamento de Transparencia para evitar el acceso a las mismas. Aunque no hay una excepción directamente aplicable a la entrega de las observaciones de la Comisión, el art. 4.3 establece que «se denegará el acceso a un documento elaborado por una institución para su uso interno o recibido por ella, relacionado con un asunto sobre el que la institución no haya tomado todavía una decisión, si su divulgación perjudicara gravemente el proceso de toma de decisiones de la institución, salvo que dicha divulgación revista un interés público superior». Sobre la base de lo anterior, la Comisión podría intentar negarse a dar acceso a las observaciones esgrimiendo que i) el levantamiento de su confidencialidad podría perjudicar el proceso de toma de decisión de las autoridades de la REC, y ii) la valoración de la existencia de un interés público en el levantamiento de su confidencialidad debe realizarse por las instancias nacionales.

Por otro lado, debe manifestarse que la posibilidad de acceso a las observaciones puede ser insatisfactoria para las partes, ya que en virtud del art. 11.2 del Reglamento de Transparencia, el registro puede incluir una breve descripción del contenido del documento que podría perjudicar a los intereses de las partes⁴⁷.

B. DERECHOS QUE PUEDEN SER VIOLADOS DE MANTENERSE LA CONFIDENCIALIDAD ABSOLUTA DE LAS OBSERVACIONES DE LA COMISIÓN

Al establecer la confidencialidad absoluta de las observaciones de la Comisión, la LDC olvida que para salvaguardar los derechos de defensa puede resultar necesario que las partes puedan acceder a las mismas y presentar alegaciones. Efectivamente, de no dar acceso a un documento que puede alterar sustancialmente lo establecido en el borrador de resolución⁴⁸, la CNC podría conculcar el derecho de defensa y a un procedimiento con todas las garantías protegido por la Constitución Española y la Carta de Derechos Fundamentales de la UE.

El art. 24 de la Constitución Española protege en su apartado segundo el derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías. Estos principios y salvaguardas son aplicables a los procedimientos administrativos sancionadores e incluyen el derecho de defensa, entendido como el conjunto de facultades de alegación y prueba de las partes⁴⁹. Asi-

⁴⁷ Además del deber de secreto que protege el procedimiento administrativo.

⁴⁸ Teniendo en cuenta que las observaciones de la Comisión irán dirigidas a establecer la incoherencia del borrador de resolución con el Derecho comunitario, es muy probable que tengan un impacto en la resolución final del expediente. Por ejemplo, las observaciones de la Comisión pueden dar lugar a que el Consejo estime que existen más infracciones que las detectadas por la CNC o bien, en sentido contrario, que no se ha acreditado la existencia de la infracción detectada por la CNC.

⁴⁹ La Sentencia del Tribunal Constitucional, de 1 de octubre, STC 1669/2012, donde se establece que: «Este Tribunal, en relación con una alegación idéntica resuelta en la STC 145/2011, de 26 de

mismo, la Carta de Derechos Fundamentales de la UE protege el derecho a una buena administración, que incluye en particular el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en su contra una medida individual que le afecte desfavorablemente y la obligación de la administración de motivar sus resoluciones⁵⁰.

Lo anterior, como no podía ser de otra manera, se ha visto reflejado en la práctica de la CNC, que establece claramente que una información confidencial no puede utilizarse ni para condenar ni para exculpar a un interesado. Así fue establecido por el extinto TDC en *Radio Fórmula*⁵¹, doctrina que ha sido posteriormente confirmada en el asunto *Spain Pharma/Smithkline*⁵²:

«En todo caso, el derecho a la confidencialidad está limitado por los principios de contradicción e igualdad de armas entre las partes, además de por un principio general: nadie puede ser condenado basándose en un documento que no ha podido ser rebatido por haber sido declarado confidencial, pero tampoco un documento confidencial puede servir para exculpar a un interesado».

Por último, de no comunicarse a los interesados el hecho de que la Comisión ha realizado observaciones y lo que sería más grave, ni siquiera darse traslado a los interesados del cambio de calificación jurídica al que eventualmente diesen lugar las mismas, se estaría violando el art. 51.4 LDC. Dicho artículo impone al Consejo la obligación de notificar a las partes interesadas del expediente administrativo y a la DI cualquier cambio de calificación jurídica de las conductas, concediéndoles un trámite de alegaciones sobre el mismo. En concreto el art. 51.4 LDC establece que:

«Cuando el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia estime que la cuestión sometida a su conocimiento pudiera no haber sido calificada debidamente en la propuesta de la Dirección de Investigación, someterá la nueva calificación a los interesados y a ésta para que en el plazo de quince días formulen las alegaciones que estimen oportunas».

Dicho artículo ha sido interpretado por la doctrina⁵³ y la jurisprudencia como un precepto que impone al Consejo la obligación de otorgar un

septiembre (RTC 2011, 145), ya ha recordado que las garantías procesales establecidas en el art. 24.2 CE son aplicables también a los procedimientos administrativos sancionadores, en cuanto que son manifestación de la potestad punitiva del Estado».

⁵⁰ En concreto el art. 41, apartados 1.º y 2.º de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, establece respecto al derecho a una buena administración que «1. Toda persona tiene derecho a que las instituciones, órganos y organismos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable. 2. Este derecho incluye en particular: el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en su contra una medida individual que la afecte desfavorablemente; el derecho de toda persona a acceder al expediente que le concierna, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial; la obligación que incumbe a la administración de motivar sus decisiones [...]».

⁵¹ Resolución del TDC de 29 de junio de 1997, *Radio Fórmula*, expediente R 185/96.

⁵² Resolución del TDC de 20 de diciembre de 2002, *Spain Pharma/Smithkline*, expediente R/526/02. En el mismo sentido, Resolución del TDC de 28 de octubre de 1997, *Azucareras*, expediente 240/97.

⁵³ J. MASSAGER y J. FOLGERA (dirs.), *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, 3.ª ed., Civitas, p. 892.

trámite de alegaciones a todas las partes personadas, inclusive, en el caso de que la nueva calificación jurídica fuera más favorable para la empresa investigada. Esta interpretación está fundamentada, además de en el tenor literal de dicho artículo, en que en un expediente sancionador en materia de Derecho de la Competencia concurren diversos intereses contrapuestos (denunciante/denunciado), lo que aconseja la necesidad de dar trámite de audiencia a todas las partes involucradas.

Por otro lado, la Audiencia Nacional también ha entendido en varios recursos contra resoluciones de la CNC que el principio establecido en el art. 51.4 LDC debe interpretarse de manera expansiva, ya que se trata de «un precepto dirigido a evitar cualquier vestigio de indefensión»⁵⁴. En dichos asuntos, la Audiencia Nacional decretó la nulidad de las actuaciones del Consejo de la CNC debido a que el Consejo modificó la calificación jurídica de la propuesta de resolución de la DI sin dar un trámite de alegaciones a las partes.

Por tanto, si las observaciones de la Comisión provocan un cambio de parecer en el Consejo frente a la calificación jurídica establecida en la propuesta de resolución, el Consejo está obligado a i) fundamentar su cambio de posición —sin perjuicio de que mantenga confidenciales las observaciones de la Comisión en aplicación del art. 42 LDC—, y ii) dar a las partes trámite de audiencia para permitirles alegar lo que estimen que a su derecho convenga. De no hacerlo, se estaría violando los derechos de defensa de las partes y, en concreto, el art. 51.4 LDC.

7. PROPUESTAS

A nuestro juicio existen dos formas de solventar los problemas detectados, bien mediante una aplicación finalista de la normativa relevante (la alternativa más sencilla y realista), o bien modificando la LDC para crear un marco procedimental respetuoso con los derechos de las partes y los principios informadores del Derecho administrativo sancionador.

A. APLICACIÓN DE LA NORMATIVA RELEVANTE DE MANERA RESPETUOSA CON LOS DERECHOS DE LAS PARTES

Dejando al margen que el art. 11.4 no establece la posibilidad de que la Comisión realice observaciones, si dichas observaciones tienen lugar de-

⁵⁴ SAN en el asunto *Wella*, de 22 de febrero de 2012, SAN 946/2012, y SAN en el asunto *Balearia*, de 8 de noviembre de 2012, SAN 4494/2012. En concreto, en dichas Sentencias de la Audiencia Nacional se establece que: «En el ámbito del Derecho de la Competencia, también nos encontramos con un precepto dirigido a evitar cualquier vestigio de indefensión. Así cuando la LDC (en su artículo 51.4), con pleno respeto al derecho de defensa, y en previsión de un cambio de calificación por parte del Consejo de la CNC, prevé la sumisión de la nueva calificación a los interesados a fin de que aleguen lo que estimen oportuno, trámite que, y pese a la existencia de la expresa norma sectorial el Consejo de la CNC no ha hecho uso de la misma».

berían transmitirse por escrito a las ANC, tal y como especifica la Comunicación.

Asimismo, de mantener la confidencialidad «en todo caso» de las observaciones, si la Comisión realizase observaciones, el Consejo «en todo caso» también debería i) informar a las partes que se ha formado pieza separada confidencial con las observaciones de la Comisión⁵⁵; ii) ofrecer un resumen no-confidencial de los argumentos principales desarrollados por la Comisión, y iii) dar trámite de alegaciones a las partes para que puedan realizar alegaciones sobre las observaciones de la Comisión⁵⁶.

Finalmente, en caso de que a raíz de las observaciones el Consejo modifique en cualquier sentido la calificación jurídica establecida en la propuesta de resolución de la DI, en virtud del art. 51.4 LDC el Consejo estaría obligado a «someter la nueva calificación a los interesados y a ésta [la DI] en el plazo de quince días formulen las alegaciones que estimen oportunas»⁵⁷. Solo tras la recepción de dichas alegaciones, el Consejo podrá resolver lo que estime más adecuado en Derecho.

Dicha práctica, que sería más ajustada a nuestro ordenamiento jurídico y garantista de los derechos de los administrados en procedimientos sancionadores, puede realizarse simplemente mediante la aplicación finalista de las normas relevantes y no chocaría con la aplicación de la LDC, ni en concreto, con la confidencialidad de las observaciones de la Comisión establecida en el art. 42, párrafo 2.º de la LDC.

B. MODIFICACIÓN DE LA LDC

Como hemos indicado, en nuestra opinión las observaciones de la Comisión no deben recibir tratamiento confidencial *ex lege* en todo caso, por lo que entendemos que sería apropiado eliminar o modificar el párrafo 2.º del art. 42 LDC. La supresión de dicho párrafo o al menos de la mención a «en todo caso», permitiría la valoración ponderada sobre la necesidad del tratamiento confidencial total o parcial de la información, atendiendo al contenido de las observaciones.

En este sentido, la información que contenga secretos de negocio, documentos internos de la Comisión, proyectos de decisiones, normativa de la Comisión o incluso comunicaciones (subjetivas) entre autoridades de competencia, podrían mantenerse confidenciales si no contravienen el derecho

⁵⁵ Como se indicó por la CNC en la resolución en el asunto *Empresas Estibadoras*. Sin embargo, en resoluciones recientes como *Mensajes Cortos* la CNC parece haber dejado de hacer referencia expresa a la recepción de las observaciones de la Comisión.

⁵⁶ Dado que cuando el Consejo recibe las observaciones de la Comisión el procedimiento está a punto de finalizar y la LDC no prevé su suspensión a raíz de la recepción de las mismas, podría hacerse una interpretación extensiva del art. 37.2.c) LDC, que establece su suspensión «hasta que se dé cumplimiento al trámite del artículo 11.4», para parar el reloj hasta que las partes hayan podido presentar sus alegaciones al resumen no confidencial de las observaciones de la Comisión.

⁵⁷ En este caso el procedimiento se suspenderá conforme al art. 37.1.f) LDC para otorgar a las partes y la DI su derecho de audiencia.

de defensa de las partes. Por el contrario, observaciones objetivas respecto a la coherencia con el Derecho comunitario de un borrador de resolución u otras que pudieran ser «pertinentes para la defensa de las partes» deberán ser puestas en conocimiento de las mismas, máxime si como todo apunta, en la práctica la Comisión solo realizará observaciones sustanciales con el objeto de influir en la resolución del Consejo.

Del mismo modo, dado que la LDC no especifica que pueda suspenderse el procedimiento cuando se reciban las observaciones de la Comisión, dicho escenario debería añadirse a las circunstancias que dan lugar a la suspensión del procedimiento enumeradas en el art. 37 LDC.

8. CONCLUSIÓN

El art. 11.4 establece un deber de información a la Comisión que fue posteriormente ampliado por la Comunicación, creando un trámite de consulta.

Dicho trámite de consulta no se encuadra adecuadamente en el procedimiento establecido por la LDC, que además impone la confidencialidad absoluta de las observaciones de la Comisión. Por otro lado, las autoridades de competencia han desarrollado una práctica informal al margen de las partes, que no son informadas de la realización ni el contenido de las observaciones.

La actual práctica de las autoridades de competencia es contraria al Reglamento 1/2003 y la Comunicación. Además, teniendo en cuenta el impacto que pueden tener las observaciones en el resultado del procedimiento nacional, también podría vulnerar los derechos de las partes a un procedimiento justo y con todas las garantías.

Para evitar lo anterior, entendemos que, por un lado, la Comisión debe cumplir escrupulosamente con lo indicado en el art. 11.4 y su desarrollo en la Comunicación y, por otro, la CNC debe aplicar el procedimiento establecido en la LDC de forma respetuosa con los derechos de las partes protegidos por nuestro ordenamiento, en el sentido sugerido en el presente artículo.

LAS PARTICIPACIONES MINORITARIAS EN EMPRESAS COMPETIDORAS

Marta BARDÓN FERNÁNDEZ-PACHECO

Técnico comercial y economista del Estado

1. INTRODUCCIÓN

La existencia de participaciones minoritarias en el capital de empresas competidoras, bajo determinadas circunstancias, puede suscitar dudas desde el punto de vista de la defensa de la competencia. La presencia de competidores, ya sea de forma directa o indirecta, en los consejos de administración de las empresas puede conllevar riesgos para el mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados en la medida en que se pueda ver desvirtuada la toma de decisiones de negocio por parte de los accionistas.

Los mecanismos de incentivos sobre la base de los cuales las empresas toman sus propias decisiones y las posiciones que éstas adopten en los órganos decisorios de las empresas participadas pueden verse alterados por el acceso a información estratégica de competidores a través de este tipo de participaciones accionariales. No obstante, su incidencia en la práctica dependerá de los intereses ligados a dichas participaciones, tanto financieros, en términos de participación en los beneficios, como corporativos, en términos de capacidad de influencia sobre las decisiones competitivas de la empresa participada.

La teoría económica muestra que la adquisición de participaciones minoritarias en empresas que compiten, directa o indirectamente, puede resultar en una disminución en el bienestar del consumidor a través de reducciones en el *output* y aumentos en los precios. El análisis económico de las participaciones empresariales o vínculos estructurales entre empresas ha dado lugar a una extensa literatura. Así se ha diferenciado entre efectos horizontales y verticales, así como entre efectos unilaterales y coordinados. El conocimiento de planes de negocio y secretos comerciales así como el acceso a decisiones estratégicas de empresas que compiten en los mercados facilitan la aparición de este tipo de efectos.

En cuanto a la distinción entre efectos horizontales y verticales, cabe diferenciar aquellos que se producen cuando las empresas vinculadas operan

en los mismos mercados de aquellos en los que las empresas relacionadas a través de vínculos estructurales compiten en mercados distintos pero verticalmente relacionados. Las operaciones de tipo vertical pueden tener efectos sobre la provisión de *inputs* o el acceso a clientes y pueden conducir a conductas que perjudiquen a empresas que compiten en mercados conexos, siendo posible incluso que se pueda llegar a desincentivar la entrada de potenciales competidores.

Por otro lado, la diferenciación entre efectos unilaterales y coordinados, se basa en la información que tendrán en cuenta las empresas a la hora de tomar sus decisiones en presencia de vínculos estructurales. Los primeros serían aquellos que se producen cuando una empresa toma sus decisiones sin tener en cuenta las posibles decisiones de los competidores, mientras que los segundos se producen cuando todos los operadores son conscientes de los vínculos estructurales existentes entre las empresas que operan en el mercado y pueden tener incentivos para coludir de forma expresa o tácita con objeto de alcanzar mayores beneficios que en una situación de competencia.

La probabilidad de que surjan conductas anticompetitivas y la magnitud de sus efectos dependerán de las características del mercado, siendo mayores, en principio, de acuerdo con la teoría económica, en mercados oligopolísticos con barreras a la entrada, en comparación con aquellos en los que exista una situación de competencia. Además cuantas más empresas estén vinculadas a través de participaciones minoritarias en un sector mayor magnitud tendrán los posibles efectos anticompetitivos que de éstas se podrían derivar.

A la vista de lo anterior cabe inferir que desde el punto de vista de la defensa de la competencia las relaciones estructurales entre empresas, ya sean horizontales o de tipo vertical, pueden requerir un análisis detallado con el fin de evitar potenciales efectos dañinos sobre el funcionamiento de los mercados.

Ahora bien, en la práctica este tipo de vínculos estructurales ha sido objeto de diferente tratamiento por parte de las autoridades de competencia. Así se observa que en numerosas jurisdicciones pueden escapar al análisis sistemático llevado a cabo por gran parte de las autoridades de competencia a través del control de las concentraciones empresariales. Este es el caso en España y en otros países de nuestro entorno así como a nivel de la Unión Europea.

Desde el punto de vista del sistema de control de concentraciones *ex ante* que rige a nivel comunitario se considera que se produce una concentración económica que debe ser notificada a la Comisión Europea (CE) para su aprobación cuando tiene lugar un cambio estable del control de la totalidad o parte de una empresa, entendiéndose como tal la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre esta. En consecuencia, cuando se produce un cambio en la titularidad de parte del capital de una empresa que no se ajusta a la definición anterior, la CE no entraría a analizar la operación de forma sistemática en el marco del sistema de notificación vigente.

En otras palabras, las participaciones minoritarias llamadas «activas», es decir, que suponen un cambio en el control de la empresa participada y que además superen los umbrales de notificación vigentes, serán revisadas por las autoridades de competencia. Sin embargo, todas aquellas participaciones minoritarias, a las que nos podemos referir como «pasivas» por no suponer cambio alguno en el control de la empresa en la medida en que no se podrá ejercer una influencia decisiva sobre la misma, no serán objeto de análisis de forma sistemática por parte de las algunas autoridades de competencia.

En este contexto, tradicionalmente, las autoridades de competencia española y comunitaria se han limitado a analizar las participaciones minoritarias a las que nos hemos referido como pasivas en empresas competidoras detectadas en el marco del análisis de una operación de concentración notificada de acuerdo con la normativa aplicable y sujeta por tanto al sistema de control. Así, cuando se ha apreciado que los vínculos estructurales entre empresas pudieran amenazar el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado se han adoptado medidas ad hoc, normalmente por la vía de los compromisos asumidos en el marco de una operación de concentración.

En consecuencia, al no contar con un sistema de control sistemático de la toma de participaciones minoritarias de no control cabe pensar que existen situaciones que podrían estar restringiendo la competencia en los mercados y que escaparían al escrutinio de las autoridades de competencia por la vía del control de concentraciones.

No obstante, cuando ha sido necesario y posible se ha acudido a la normativa sobre conductas anticompetitivas, es decir, a nivel comunitario se han aplicado los arts. 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). En este sentido cabe señalar que los intercambios de información sensible entre competidores es un tipo de práctica colusiva que ha sido sancionada de forma reiterada por las autoridades de competencia, tanto nacionales como comunitarias. Así, las Directrices de la Comisión Europea sobre la aplicabilidad del art. 101 del TFUE a los acuerdos de cooperación horizontal consideran que el intercambio entre competidores de datos estratégicos, es decir, datos que reducen la incertidumbre estratégica del mercado, tienen más posibilidades de entrar en el ámbito de aplicación del art. 101 que los intercambios de otro tipo de información, ya que reducen la independencia de las partes para tomar decisiones disminuyendo sus incentivos para competir. Las Directrices consideran que, por lo general, la información relativa a precios y cantidades es la más estratégica.

Este enfoque resulta coherente con los antecedentes comunitarios ya que de su lectura se desprende que la CE no acepta explícitamente que cuando se den participaciones minoritarias sin control en el consejo de administración por parte de competidores se pueda descartar inmediatamente posibles problemas desde el punto de vista de la competencia.

Más allá del análisis teórico sobre los efectos de los vínculos estructurales entre empresas, estos han sido objeto de debate a nivel práctico en

los últimos años. Así se observa que cada vez son más las autoridades de competencia que han introducido normas para la implantación de un sistema más activo que permita llevar a cabo un control más exhaustivo de las mismas, y que no queden en principio cubiertas únicamente por la normativa sobre prácticas restrictivas.

El objeto del presente artículo es realizar un repaso del tratamiento que se ha dado a las participaciones minoritarias en empresas competidoras desde el punto de vista de la defensa de la competencia tanto en España como en diferentes jurisdicciones, y en especial a nivel de la Unión Europea. Veremos cómo a nivel comunitario en el último año se ha abierto un debate entre los Estados miembros con el fin de analizar la posibilidad de introducir mecanismos para el control sistemático de este tipo de situaciones.

Antes de entrar a analizar la casuística existente se hará un breve repaso desde el punto de vista teórico de lo que se entiende por participación minoritaria en una empresa, los tipos que cabe diferenciar así como los tipos de soluciones a proponer.

Se entiende por participación minoritaria en el capital de una empresa aquella por la cual el accionista posee menos del 50 por 100 de los derechos de voto o de las acciones.

Las participaciones minoritarias pueden ejercerse de forma directa o indirecta. Existe participación directa de un operador en el capital de una empresa competidora cuando el peso de la participación y los derechos políticos asociados a la misma son detentados por el accionista que es a su vez competidor de la empresa. Por otro lado, se entiende que existe participación indirecta cuando el accionista no es competidor directo de la empresa en la que participa sino que la presencia en el capital de dicho competidor se lleva a cabo bien a través de cualquier sociedad del grupo, bien a través de sociedades participadas con carácter estable o por cualquiera de las sociedades del grupo, y sobre cuya gestión el grupo ejerza, sola o conjuntamente, una influencia decisiva, o bien a través de aquellas personas físicas o jurídicas que puedan actuar por cuenta del grupo.

Tal y como se ha adelantado, el concepto de participación minoritaria no supone necesariamente la ausencia de control sobre la empresa participada por parte del accionista minoritario ya que este puede, bien de forma individual, bien conjuntamente con otros accionistas, ejercer el control sobre esta.

El accionista minoritario puede ejercer el control si tiene capacidad para decidir sobre aspectos estratégicos en función de los estatutos de funcionamiento de la sociedad, o si de hecho puede tener mayoría entre los accionistas por estar el resto del accionariado muy disperso. Cabe tener en cuenta también la posibilidad de que existan minorías de bloqueo según los estatutos de las compañías, existiendo por tanto un control negativo. Por último, una participación minoritaria puede dar al accionista la posibilidad de ejercer un control conjunto sobre la empresa participada si junto con otros accionistas tiene capacidad de bloquear decisiones estratégicas de negocio.

Como se ha señalado anteriormente, la existencia de capacidad de control lleva a que generalmente este sea un factor para analizar la adquisición de acuerdo con las normas de control de concentraciones. Sin embargo, cuando el vínculo estructural con la empresa no suponga la existencia de una capacidad de control sobre esta, las autoridades de competencia en muchos casos no cuentan con un mecanismo de análisis sistemático que permita detectar potenciales daños para la competencia en el mercado principalmente a través del acceso a información sensible.

Ahora bien, no debe olvidarse que las modalidades de participación son variadas y que no todas las participaciones minoritarias facilitan a su titular el acceso a información sensible sobre la empresa participada. Estas situaciones, de inversiones o participaciones minoritarias pasivas, representan una inversión puramente financiera.

Cuando no ocurre así, y por tanto la participación conlleva el acceso a los órganos de gobierno de la empresa participada, tal y como se ha señalado más arriba, cabe inferir la posibilidad de alteraciones en los mecanismos de incentivos que operan a la hora de tomar decisiones empresariales. Los factores que tienen en cuenta las empresas que tienen una participación minoritaria en un competidor a la hora de tomar sus propias decisiones son tan diferentes según los casos que resulta prácticamente imposible extraer conclusiones generales. En este sentido cabe diferenciar entre factores estructurales relacionados con las características de los mercados en los que operan las empresas (grado de concentración, barreras a la entrada, diferenciación de los productos, número de compañías con vínculos estructurales, etc.) y factores específicos relacionados con las características de las propias empresas (estructuras de costes, márgenes, cuotas de mercado, etc.).

Ante situaciones en las que las participaciones minoritarias pueden relacionarse con situaciones contrarias al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados, las autoridades de competencia pueden optar por dos tipos de soluciones. Por un lado las llamadas soluciones de tipo estructural, como el establecimiento de límites a la participación en las empresas competidoras, obligando a renunciar a la asistencia a los Consejos de Administración y, en definitiva, convirtiendo las participaciones en inversiones financieras pasivas, y por otro, las llamadas soluciones de comportamiento, por las cuales se suelen adoptar medidas como el establecimiento de cortafuegos o murallas chinas en relación con el acceso a la información estratégica sensible sobre el negocio.

Si bien a priori el tipo de solución óptima en cada caso dependerá de las circunstancias concretas, en general se suele considerar que las soluciones de tipo estructural son más fáciles de implementar y vigilar que las de comportamiento.

En la práctica las autoridades de competencia han considerado cuatro categorías de soluciones para eliminar las amenazas a la competencia en el mercado provenientes de vínculos estructurales entre empresas:

- i) La desinversión de la participación adquirida o de una parte de ella y la suavización del vínculo estructural entre dos empresas competidoras. Esta ha venido siendo una solución relativamente frecuentemente utilizada por las autoridades de competencia.
- ii) Dilución de la participación activa transformándola en una participación pasiva en el capital de la empresa. Para ello se ha procedido a la renuncia a los derechos vinculados a la participación como representación, derechos de veto e información. Con ello se eliminarían los riesgos de efectos coordinados entre las dos empresas.
- iii) El establecimiento de murallas chinas o cortafuegos entre empresas que eviten que información sensible circule de una a otra. En la práctica esto supone la firma de compromisos de confidencialidad por parte de aquellas personas que tengan acceso a información sensible de las dos empresas. Este remedio está orientado a evitar que el intercambio de información confidencial pueda llevar a conductas coordinadas anticompetitivas por parte de las dos empresas. Este tipo de solución se suele emplear cuando la participación minoritaria conlleva representación en el consejo de administración de la empresa participada.
- iv) La eliminación de accionariados similares en dos empresas, con el fin de evitar que competidores puedan tener los mismos representantes en sus consejos de administración, y evitar facilitar conductas paralelas y colusión. Se suele preferir este tipo de solución a las murallas chinas, pues al ser un remedio estructural ofrece mayores garantías.

2. EL TRATAMIENTO DE LAS PARTICIPACIONES MINORITARIAS A NIVEL DE LA UNIÓN EUROPEA Y EN OTROS PAÍSES DE NUESTRO ENTORNO

El tratamiento que se ha venido dando a las participaciones minoritarias en empresas competidoras no ha sido uniforme. Incluso en los países de la Unión Europea se aprecian diferencias significativas. Así, jurisdicciones como las de Austria, Alemania y Reino Unido cuentan con una normativa de control de concentraciones que les permite revisar las relaciones estructurales, mientras que en otros países en incluso la propia CE, no han contado con un marco legal que permitiera un análisis sistemático de éstas. Por ello se han adoptado soluciones ad hoc cuando se ha estimado necesario. Como se verá más adelante, esta es, a día de hoy, la situación en España.

A. LA PERSPECTIVA DE LA COMISIÓN EUROPEA

A nivel comunitario la Comisión Europea (CE) tradicionalmente ha llevado a cabo un análisis caso por caso de tal manera que en el marco del estudio de operaciones de concentración en las que se han detectado

vínculos estructurales entre empresas con posibles efectos negativos sobre la competencia en el mercado esta se ha pronunciado con el fin de corregir este tipo de situaciones.

En la revisión del reglamento de concentraciones que tuvo lugar en el año 2004, la CE, apoyada por los Estados miembros, decidió no avanzar en el análisis de las participaciones minoritarias de no control por lo que quedaron finalmente excluidas de la reforma. Las dos justificaciones principales para ello fueron, por un lado que los arts. 101 y 102 del TFUE (entonces arts. 81 y 82 TUE) fueron considerados instrumentos adecuados para tratar los efectos anticompetitivos derivados de estas situaciones y, por otro lado, que en el marco de un sistema de notificación la exigencia de notificar cualquier toma de participación en el capital de una empresa llevaría a una carga administrativa desproporcionada en relación con el número de operaciones que, en última instancia, podrían resultar anticompetitivas. Se consideró por tanto que existía un riesgo de sobre regulación y se optó mantener el statu quo existente hasta entonces.

No obstante, recientemente, en el año 2013, la CE ha abierto de nuevo el debate con el fin de determinar cuáles serían aquellas participaciones minoritarias cuyo control sería deseable sistematizar y la mejor forma para ello. Se han planteado varias opciones y se ha abierto un periodo de consulta pública¹, con el fin de mejorar la normativa comunitaria sobre control de concentraciones y ampliar el ámbito de aplicación de la misma a la adquisición de participaciones minoritarias que no supongan control sobre la empresa adquirida y sin que, al mismo tiempo, dicho escrutinio lleve a un exceso de carga administrativa tanto sobre la CE como sobre las empresas. Los enfoques alternativos presentan distintos grados de seguridad jurídica para las empresas y en consecuencia diferentes costes procedimentales.

En el documento sometido a consulta pública la CE presenta dos opciones. Por un lado, el llamado *sistema de notificación*, que no es otra cosa que extender el sistema actual de control *ex ante* aplicado a las concentraciones empresariales a la toma de participaciones minoritarias de no control, de forma que todos los vínculos estructurales relevantes deberían ser notificados y estarían sujetos a aprobación.

Por otro lado, se podría optar por seleccionar los casos de vínculos estructurales que deberían ser objeto de estudio. Para ello cabe a su vez dos posibilidades. En primer lugar, cabría plantear un *sistema de autoevaluación*, de modo que la CE podría investigar de forma discrecional aquellos casos que considerase potencialmente dañinos para la competencia. De forma alternativa, se podría introducir un sistema que obligara a informar a la CE de forma sucinta sobre la transacción en cuestión, de forma que esa información sería difundida con el fin de informar a terceros que pudieran verse afectados. Se trataría por tanto de un *sistema basado en la transparencia*.

¹ http://ec.europa.eu/competition/consultations/2013_merger_control/.

En la práctica cualquiera de las opciones anteriores requiere la definición de otros parámetros: los poderes de la CE para examinar vínculos estructurales, la relación entre la CE y las autoridades nacionales de competencia (ANC), el procedimiento a aplicar y qué se entendería por vínculo estructural no solo en términos de accionariado sino también de derechos políticos.

Las relaciones entre la CE y las ANC podrían definirse de forma similar al sistema que rige en el vigente control de concentraciones en función de la dimensión de la operación. Así la CE analizaría aquellos vínculos estructurales con dimensión comunitaria de acuerdo con los umbrales actuales relativos a los volúmenes de cifra de negocios. De igual modo la CE apunta que el sistema actual de reenvíos parece ser apropiado para este tipo de análisis.

Con respecto al procedimiento, sus elementos definatorios serían distintos según se opte por un sistema de autoevaluación, de transparencia o de notificación. En los dos primeros casos la CE plantea la cuestión de si se debe dar la opción a las partes de llevar a cabo una notificación voluntaria con objeto de obtener una mayor seguridad jurídica con respecto a la operación planteada. Ahora bien, a diferencia de las concentraciones empresariales, las cuales requieren una autorización *ex ante* dadas las dificultades que plantearía su revocación, en el caso de los vínculos estructurales esto debería ser menos problemático. Cabe por tanto plantearse un sistema de intervención *ex post*. Además, con el fin de garantizar una cierta seguridad jurídica, se podría plantear un límite temporal para que la CE abriera una investigación de un caso concreto.

A nivel práctico las decisiones de la CE han ido evolucionando y han pasado de no considerar problemáticas participaciones minoritarias en competidores en razón de las características de los mercados a mostrar su preocupación por la existencia de participaciones en empresas competidoras. A continuación se presentan de forma sucinta algunos casos² analizados por la CE, constatándose cómo en determinados casos se consideró necesario contar con algún tipo de remedio, bien de carácter estructural o bien de comportamiento.

Así, en el asunto M. 319, Royal Bank of Scotland vendió a dos bancos extranjeros el 90,1 por 100 de sus acciones en la entidad financiera del Reino Unido «Chaterhouse plc», pero Bank of Scotland retuvo una participación minoritaria en la compañía. La CE consideró que los tres bancos no eran competidores en el mercado de banca de inversión porque este es de dimensión nacional y cada uno de los tres bancos operaba en un mercado geográfico distinto. En el caso de los mercados monetarios, de divisas y derivados en los que los tres bancos competían, descartó cualquier posibilidad de coordinación dadas las características de su funcionamiento que requieren gran agilidad ante información de todo tipo, lo que haría que

² Otros casos interesantes serían M. 6541, *Glencore/Xstrata*; M. 6662, *Andritz/Schuler*; M. 5406, *IPIC/MAN Ferrostaal*; M. 4153, *Toshiba/Westinghouse*; M. 3696, *EON/MOL*; M. 1673, *VEBA/VIAG*; M. 1383, *Exxon/Mobil*; M. 1453, *AXA/GRE*.

cualquier acuerdo fuera inoperativo. En definitiva en este caso la CE no planteó objeción alguna al mantenimiento de la participación en un potencial competidor.

En el caso M. 2431, *Allianz/Dresdner*, por el que se creaba el grupo banca-seguros más grande de Alemania, la CE aprobó la operación condicionada a que se redujeran las participaciones de capital que ostentaban los notificantes en su principal competidor y que se limitasen igualmente con carácter transitorio, hasta completar la desinversión requerida, los derechos políticos en los consejos de administración correspondientes.

Si bien las actividades de Allianz y Dresdner presentaban pocos solapamientos, la CE centró su análisis en las posibles consecuencias de la concentración dadas las importantes redes de distribución de ambos. La CE observó fuertes lazos estructurales y económicos entre la nueva alianza Allianz/Dresdner y el grupo Münchener Rück/Ergo, un importante competidor, vínculos que se reforzarían como consecuencia de la operación.

Allianz y Dresdner se comprometieron a reducir sus participaciones conjuntas en Münchener Rück y entretanto se llevaba a cabo la desinversión se limitaron además los derechos de voto en las juntas generales anuales.

En el caso M. 2567, *Nordbanken/Postgirot*, la CE autorizó, con ciertas condiciones, la toma del control exclusivo de la sociedad sueca Postgirot Bank AB, que prestaba servicios financieros y pertenecía a Posten AB (administración de correos sueca) por el grupo bancario escandinavo Nordea. Inicialmente la operación planteaba problemas de competencia ya que Nordea pasaba a controlar tanto Postgirot como Bankgirot, que eran los dos principales sistemas de pagos bancarios utilizados por los hogares suecos para pagar la electricidad, el teléfono y otras facturas.

El grupo Nordea estaba activo en Suecia en banca minorista y de empresas y en el mercado de los seguros de vida. Por su parte, Postgirot poseía y gestionaba un sistema interno de pagos por transferencia, que utilizaba para prestar servicios de pago a distancia a particulares y empresas. Postgirot también prestaba servicios técnicos en materia de transferencias bancarias a otros bancos y diversos servicios bancarios a hogares y empresas, como depósitos, préstamos, pagos internacionales, financiación de operaciones comerciales y servicios de tarjeta.

La investigación de la CE demostró que Postgirot solamente tenía posiciones menores en depósitos, créditos y servicios de tarjeta para hogares, pequeñas y medianas empresas y grandes sociedades. Sin embargo, tal como estaba prevista inicialmente, la operación confería a Nordea el control completo del sistema de pagos de Postgirot, que se sumaba a su significativa participación en Bankgirot, el otro gran sistema de pagos por transferencia de Suecia. Nordea habría podido, pues, ejercer una gran influencia sobre los dos principales sistemas de pagos de dicho país.

A fin de solventar los problemas de competencia que planteaba esta doble participación, Nordea se comprometió a reducir su participación en

Bankgirot a un máximo del 10 por 100 y a retirar a todos sus representantes del consejo de administración de Bankgirot y de los demás órganos ejecutivos. Nordea también se comprometió a retirarse de Privatgirot, empresa que presta servicios técnicos relacionados con las transferencias compitiendo con Postgirot. La CE consideró que la reducción de la participación de Nordea en Bankgirot al nivel de una inversión financiera y su retirada de Privatgirot romperían el vínculo estructural entre los dos sistemas de pagos y, de este modo, se solventarían los problemas de competencia.

En el caso M. 890, *Blokker/Toys R Us*, la CE decidió que la adquisición de las tiendas de Toys «R» Us en Países Bajos por parte de Blokker suponía un refuerzo de la posición de dominio de este último en el mercado holandés de tiendas de juguetes. Por ello exigió que Blokker se deshiciera de su inversión en Toys «R» Us y que la transfiriera a un tercero independiente que no tuviera ninguna conexión con el grupo Blokker. La CE aceptó que con carácter temporal y hasta que hubiese un tercero que se hiciera con dicha inversión Toys «R» Us y Blokker mantendrían una participación minoritaria mutua que no podría exceder del 20 por 100. El carácter temporal de esta participación tenía por objeto evitar prolongar en el tiempo el acceso a información comercial sensible.

Más recientemente la relación entre Ryanair y Air Lingus ha sido objeto de controversia. A pesar de la prohibición de la adquisición de Air Lingus por parte de Ryanair en el año 2006³, Ryanair ha mantenido una participación minoritaria en el capital de la aerolínea irlandesa del 29,4 por 100. En su decisión del año 2006 la CE no podía actuar en contra de dicha participación al amparo de la normativa sobre concentraciones, razonamiento que más tarde fue confirmado por el Tribunal General⁴.

Según Air Lingus, la participación minoritaria de Ryanair en su capital estaría generando efectos negativos sobre la competencia entre ambas aerolíneas. En concreto Ryanair estaría accediendo a planes estratégicos confidenciales y secretos de negocio, al tiempo que estaría usando su participación para bloquear decisiones empresariales. Además los incentivos de Ryanair para competir con Air Lingus podrán verse alterados.

En el caso M. 3653, *Siemens/VA Tech*, Siemens tenía una participación minoritaria en SMS Demag, competidor de VA Tech por lo que la CE encontró inconvenientes a dicha situación desde el punto de vista de la competencia horizontal entre ambos. La operación supuso la desinversión de dicha participación, y, si bien Siemens había puesto a la venta la misma, al aprobarse la operación la notificante se comprometió a transferir los derechos que pudieran derivarse de la venta a un *trustee*, en tanto en cuanto se materializase la desinversión.

Tal y como se desprende de los ejemplos presentados más arriba la CE ha actuado sobre los posibles efectos anticompetitivos derivados de la exis-

³ Casos M. 4439, M. 5434 y M. 6663.

⁴ Caso T-411/07, *Air Lingus vs Commission*.

tencia de vínculos estructurales entre empresas, a través de los compromisos o condiciones a los que se ha sometido la aprobación de las operaciones de concentración en el marco de las cuales fueron detectados.

En contraste, algunas ANC a nivel europeo cuentan con un marco legal que les permite actuar sobre este tipo de participaciones de forma sistemática y no de forma *ad hoc*. Este es el caso de Alemania, Austria y Reino Unido donde el control de concentraciones es aplicado a los vínculos estructurales que no conlleven el control de la empresa participada.

B. ALEMANIA

Desde la entrada en vigor del sistema de control de concentraciones en Alemania en 1973 se ha contado con una normativa que permite analizar los potenciales efectos anticompetitivos de las participaciones minoritarias tanto de control como de no control. Cabe destacar que se ha vigilado estrechamente el sector energético, con el fin de evitar que a través de sucesivas participaciones minoritarias se produjese un exceso de concentración de poder de mercado de los operadores especialmente entre empresas verticalmente relacionadas.

C. REINO UNIDO

En Reino Unido la normativa sobre control de concentraciones se aplica a una amplia variedad de transacciones, algunas de las cuales no implican la adquisición de control de la empresa participada. Aparte de transacciones que impliquen la toma de control sobre una empresa, las autoridades de competencia revisan transacciones en las que se adquiere capacidad de «influir materialmente» sobre la otra parte.

Esta «influencia material» sería un umbral inferior a la «influencia decisiva» que supone la existencia de control desde el punto de vista del control de concentraciones.

Algunos de los factores a tener en cuenta para evaluar la adquisición de capacidad de «influir materialmente» a la empresa participada son: la distribución y propiedad del resto del accionariado, los patrones de asistencia y voto en las últimas juntas de accionistas, la existencia de derechos especiales de voto o veto ligados a la participación accionarial, si la participación supone contar con presencia en el consejo de administración o si hubiera algún otro tipo de acuerdos con la participada que supongan la posibilidad de influir en las decisiones que ésta tome. A la vista de lo anterior, una inversión puramente pasiva difícilmente podría suponer para su titular la capacidad de «influir materialmente» a la empresa participada.

En Reino Unido el porcentaje de operaciones examinadas por la existencia de una participación minoritaria de no control revisable es aproximadamente el 5 por 100 del total de las operaciones de concentración analizadas.

Fuera del entorno europeo encontramos países en los que también se analizan los vínculos estructurales de no control de forma sistemática bajo su normativa de concentraciones.

D. ESTADOS UNIDOS

El control de concentraciones en Estados Unidos no se basa en el concepto de cambio en el control de una empresa sino que se extiende a cualquier adquisición de todo o parte del accionariado de otra empresa. Estas operaciones serían prohibidas cuando el efecto de ello pueda ser una reducción sustancial de la competencia. Por tanto este sistema de control tiene un alcance muy amplio y cualquier toma de participación minoritaria, en principio, podrá ser analizada por las autoridades de competencia.

No obstante lo anterior, se prevé una excepción en aquellos casos en que la compra de acciones sea considerada como puramente una inversión, sin que se pretenda con ella ejercer poder de voto en la empresa participada o facilitar una reducción del nivel de competencia en el mercado. El debate por tanto gira en torno al concepto de «inversión pura».

En este sentido se ha venido considerando que una transacción tendrá el carácter de «inversión pura» si el adquirente del capital no obtiene capacidad de influencia alguna sobre las acciones y la conducta de la empresa participada. Al contrario, si el adquirente se hace con el control de la empresa participada de forma activa, la adquisición de capital no se considerará como una inversión pura. Tampoco se considerará como tal en el supuesto en el que, aunque no se adquiriera el control, sin embargo sí se pueda influir en la toma de decisiones de la participada, por ejemplo contando con representantes en el consejo de administración. El acceso a información sensible de la participada también supone que la inversión no sea considerada como pura.

Las participaciones minoritarias pasivas, quedarán en principio exentas cuando la autoridad de competencia no pruebe los efectos anticompetitivos reales derivados de las mismas. Esto en la práctica resulta complicado dado que las variaciones en el *output* y en los precios pueden venir explicadas por diferentes factores relacionados con la demanda y los costes. De igual modo demostrar efectos reales de que se esté potenciando la colusión resulta complicado en la práctica.

Los tribunales estadounidenses no han llegado a fijar un estándar en la jurisprudencia sobre cuál sería el mínimo adquirido de participación en el capital de una empresa para considerar que podría suponer una amenaza para el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado. No obstante, los casos en que no se han permitido dichas participaciones han sido en todas ellas como mínimo del 15 por 100 del capital, si bien se han dado casos en los que se han impuesto remedios a participaciones inferiores para su aprobación.

E. CANADÁ

La norma básica de control de concentraciones en Canadá cubre los vínculos estructurales desde el punto de vista sustantivo en la medida en que define una concentración como cualquier transacción mediante la cual una parte adquiere un *interés significativo* en el negocio de otra persona. En sus Directrices para la Aplicación de la Normativa de Concentraciones se precisa que la adquisición de un interés significativo puede traducirse en participaciones de hasta el 10 por 100, e incluso sin que llegue a existir participación en el capital, cuando circunstancias contractuales o de otro tipo permitan influir en la otra parte.

La normativa no exige la toma de control para que exista una obligación de notificar la operación. Si los umbrales aplicables a la operación y a las partes son alcanzados se exige la notificación de vínculos estructurales cuando ello suponga adquirir más del 20 por 100 del capital de las compañías públicas (50 por 100 si el adquirente contaba ya con el 20 por 100 o más del capital), o más del 35 por 100 de las acciones de una empresa privada (50 por 100 si el adquirente contaba ya con el 20 por 100 o más del capital)

F. JAPÓN

En función de su normativa los vínculos estructurales pueden estar sujetos al control de concentraciones en Japón. De acuerdo con dicho marco legal ninguna corporación podrá adquirir o poseer acciones de otra cuando ello tenga por efecto una restricción sustancial de la competencia en el mercado. Al igual que en el caso anterior, existen umbrales de notificación sin que se exija la existencia de cambio en el control de la adquirida para que deba procederse a la notificación de la operación.

G. NORUEGA

En la reforma de su normativa de control de concentraciones llevada a cabo en el año 2004 se armonizó gran parte de su contenido con la normativa aplicable a nivel de la UE. Ahora bien, a diferencia de esta, se introdujo un párrafo específico sobre participaciones minoritarias, estableciendo que se podrá actuar contra cualquier concentración, sin que exista necesariamente un cambio en el control de la adquirida, que resulte contraria al mantenimiento de la competencia y el uso eficiente de los recursos.

En definitiva, a la vista de todo lo anterior, cabe señalar que a diferencia del enfoque adoptado por la CE, la cual exige un cambio estable de control en la empresa adquirida, en otras jurisdicciones el hecho de exigir la notificación de operaciones sobre la base de la superación de determinados umbrales (ya sea de volumen de negocios, porcentajes de capital adqui-

ridos, etc.) lleva a que las participaciones minoritarias de no control sean más fácilmente detectadas y revisadas, y existe por tanto un enfoque más activo a la hora de corregir posibles amenazas para el mantenimiento de la competencia efectiva en el mercado.

3. EL TRATAMIENTO DE LAS PARTICIPACIONES MINORITARIAS EN ESPAÑA

Al igual que en el caso comunitario nuestro sistema de control de concentraciones no prevé un análisis sistemático de las participaciones minoritarias que no supongan un cambio estable en el control de la empresa participada.

Ahora bien, las autoridades de competencia han sido conscientes de que este tipo de interrelaciones entre competidores pueden suponer un desincentivo a competir, pueden facilitar la colusión y el cierre de los mercados. Es por ello que cuando se ha considerado necesario se ha intervenido de forma ad hoc, normalmente por la vía de los compromisos en el marco de una concentración.

Por tanto, al igual que la CE el análisis se ha realizado caso por caso, habiendo revisado aquellos en los que como consecuencia de una operación de concentración notificable se han apreciado situaciones que pudieran ser dañinas para la competencia.

Este enfoque ha llevado a que en España sean relativamente pocas las decisiones de las autoridades de competencia que han estado relacionadas con este tipo de participaciones. Los primeros casos fueron analizados por el antiguo Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) en un contexto de liberalización de la economía española y privatizaciones del sector público empresarial. Es por ello que a nivel nacional factores estructurales como las características de los mercados (grado de concentración, naturaleza de los productos, barreras a la entrada, etc.) fueron argumentos sobre la base de los cuales se impusieron limitaciones a los vínculos estructurales entre empresas.

En esta línea cabe destacar los informes del antiguo TDC en los casos C 39/1999, *Banco Santander y Banco Central Hispano*, y C 47/1999, *Banco Bilbao Vizcaya/Argentaria*, en los que se subrayó que el hecho de ser un accionista relevante da acceso a información estratégica y que ello supone un riesgo para la competencia efectiva. En sus análisis el TDC planteaba la posible existencia de problemas de competencia cuando existan participaciones significativas por parte de las entidades financieras en varias empresas de un mismo sector si se trataba de sectores con barreras de entrada y recientemente liberalizados, como eran la energía o las telecomunicaciones y por ello exigió la adopción de medidas para su eliminación. En consecuencia recomendó al Gobierno no oponerse a la operación de concentración subordinándola a que la entidad resultante de la fusión no ostentara, directa o indirectamente, *participaciones significativas* en más

de una empresa eléctrica ni en más de un grupo de empresas de telecomunicaciones.

A la vista del Acuerdo de Consejo de Ministros (ACM) que siguió al informe del TDC, el concepto de *participación accionarial significativa* se tradujo en más de un 3 por 100 del capital, siendo ese el límite máximo de participación que permitió el Gobierno ostentar al BSCH simultáneamente en empresas competidoras energéticas y de telecomunicaciones. Además se limitó la presencia de representantes en el Consejo de Administración a un único operador en cada mercado, ya fuera directa o indirectamente, por cuenta propia o a través de pactos con otros accionistas.

La experiencia más reciente de actuación de la autoridad nacional de competencia en este ámbito la encontramos es una serie de operaciones analizadas por la extinta Comisión Nacional de la Competencia (CNC) en las que, al identificarse situaciones previsiblemente perniciosas, se solucionaron por la vía de los compromisos en el marco de la operación de concentración analizada.

En la operación C-0098/08, *Gas Natural/Unión Fenosa*⁵ se analizó la adquisición del control exclusivo sobre Unión Fenosa por parte de Gas Natural, siendo ambas compañías energéticas cotizadas y verticalmente integradas, con implantación en prácticamente toda la cadena de valor del gas y de la electricidad en España.

Gas Natural, controlado conjuntamente por Repsol y La Caixa, es el principal operador español en el sector del gas. En concreto es el operador líder en aprovisionamiento de gas a España (60 por 100 del total en 2007), suministro minorista a clientes finales (más del 50 por 100 del consumo en 2007) y distribución de gas. Asimismo, aunque su entrada en estos mercados era reciente, en aquel momento era uno de los principales operadores en el sector de la electricidad, cuarto en generación de electricidad y con un gran potencial de crecimiento en comercialización. Además, Repsol también estaba presente en la producción y aprovisionamiento de gas y en la generación y distribución de electricidad.

Unión Fenosa operaba principalmente en el sector eléctrico, siendo el tercer operador por detrás de Iberdrola y Endesa en generación, distribución y comercialización de electricidad. En los últimos años, se había introducido también en los mercados de gas, donde operaba fundamentalmente a través de Unión Fenosa Gas, S. A. (UFG), una empresa verticalmente integrada en toda la cadena de valor de gas que controlaba junto con la empresa italiana ENI, S. P. A. (ENI).

Además de los efectos horizontales y verticales en los diferentes mercados de gas, GN adquiría o reforzaba vínculos estructurales o contractuales con casi todos los operadores importantes de gas en España, resultando especialmente relevantes los nuevos vínculos que se creaban con ENI, uno de los operadores mayoristas de gas más importante a nivel europeo, y Cepsa,

⁵ Resolución de la CNC de 11 de febrero de 2009.

el operador de gas menos vinculado previamente tanto desde el punto de vista estructural como desde el punto de vista del negocio, con GN en España.

Por ello la operación fue aprobada sujeta a una serie de compromisos entre los cuales tres iban encaminados a mitigar los posibles riesgos derivados de la creación o el refuerzo de vínculos estructurales que podrían generar un obstáculo para la competencia efectiva como resultado de la operación.

En concreto, la desinversión de la participación de Gas Natural en Enagás, lo cual eliminaba sus vínculos con el gestor del sistema, impidiéndose así cualquier interferencia de Gas Natural en la gestión y planificación de infraestructuras y reforzándose la independencia del operador del sistema. La salida del Consejo de Administración de Cepsa y el compromiso de no acceder a la información comercial sensible de este operador, lo cual se consideró un compromiso adecuado para evitar cualquier injerencia de Repsol, principal competidor de Cepsa y principal operador en los mercados de hidrocarburos líquidos.

Otro caso más reciente analizado por la CNC en el que se solventaron potenciales problemas para la competencia en el mercado de la gestión integral de aguas consecuencia de vínculos estructurales entre competidores es el C-0488/12, *Caixabank/Banco de Valencia*⁶. En este caso se analizaba la concentración económica consistente en la adquisición por Caixabank, S. A., del control exclusivo de Banco de Valencia, S. A.

Caixabank es una sociedad cotizada bajo control de La Caixa y es la sociedad bancaria a través de la cual esta ejerce su actividad financiera como entidad de crédito. Por su parte Banco de Valencia era una entidad de crédito que operaba principalmente en el mercado de banca minorista.

La operación se centraba por tanto en el sector bancario. No obstante, como consecuencia de la misma se produciría una participación simultánea de La Caixa en Aguas de Valencia (en la que participaba Banco de Valencia) y Sociedad General de Aguas de Barcelona (Agbar) (en la que participaba La Caixa). Ambas empresas que operan en el mercado de la gestión integral de aguas, con el consiguiente riesgo para el mantenimiento de una competencia efectiva en el mismo.

La participación de La Caixa en ambas empresas le otorgaba el derecho de nombrar a parte de los respectivos Consejos de Administración. Ello implicaba la creación de un vínculo estructural entre dos empresas competidoras, o cuando menos entre empresas sobre las que se podría fijar una competencia referencial.

Por ello la operación fue aprobada sujeta a unos compromisos que buscaban resolver los obstáculos para el mantenimiento de la competencia efectiva que pudieran derivarse de la operación, en particular, de la coexistencia de consejeros o cargos directivos designados por La Caixa o Caixabank en

⁶ Resolución de la CNC de 28 de febrero de 2013.

Aguas de Valencia y Agbar simultáneamente, ya que ello suponía un riesgo de obstaculización de la competencia efectiva en el mercado de la gestión integral de aguas al facilitar los intercambios de información estratégica y la coordinación de sus comportamientos competitivos. Por ello Caixabank se comprometía a que de manera simultánea no hubiera consejeros designados por ella o su entidad matriz, La Caixa, en los consejos de Aguas de Valencia y Agbar.

Otro caso interesante en el que se resolvieron potenciales problemas de intercambios de información comercial sensible entre competidores se dio en el marco de la operación de concentración C/0478/12, *Deoleo/Hojiblanca*⁷, también analizada por la por la CNC.

La operación consistía en la adquisición del control exclusivo por parte de Deoleo de la actividad de envasado y distribución del aceite de oliva virgen extra, bajo la marca «Hojiblanca» de la sociedad Hojiblanca.

Deoleo es la sociedad matriz de un grupo alimentario español que comercializa aceites de semillas y, principalmente, aceite de oliva embotellado bajo sus propias marcas «Carbonell» y «Koipe». Hojiblanca es una sociedad cooperativa unión de 95 cooperativas oleícolas y se dedica a la producción, envasado y distribución de aceite de oliva, venta de aceite a granel y aceitunas de mesa. Cuenta con dos plantas de envasado de aceite, para la marca Hojiblanca y otra dedicada al envasado de aceite para marca blanca y marcas propias de menor relevancia (Cordoliva, Acorsa y Sabor d'Abans, entre otras). Además posee una empresa conjunta al 50 por 100 con la empresa Cargill, denominada Mercaoleo, dedicada al envasado y distribución de aceite de oliva para marcas blancas (MDD) en España y en el extranjero.

Tras una investigación en profundidad de los efectos de la operación de concentración, la CNC llegó a la conclusión de que a raíz del vínculo estructural entre Hojiblanca y Deoleo, la operación podría generar un cierre tanto en el mercado descendente a competidores de Deoleo que vinieran suministrándose hasta la fecha de Hojiblanca en su calidad de proveedor de aceite de oliva a granel, como en el ascendente a proveedores alternativos a Hojiblanca que venían suministrando a Deoleo hasta entonces.

Igualmente, como consecuencia de la operación surgía un riesgo de coordinación del comportamiento de Hojiblanca y Deoleo. En particular, por la entrada de Hojiblanca en el Consejo de Administración de Deoleo, con el consiguiente riesgo de intercambio de información sensible entre competidores verticalmente relacionados, así como por el debilitamiento de la presión competitiva que pudiera ejercer Hojiblanca como consecuencia de un pacto de no competencia que en principio se había incluido en el Contrato de Inversión firmado por las partes.

La operación fue aprobada sujeta al cumplimiento de una serie de compromisos parte de los cuales se referían expresamente al establecimiento de murallas chinas y compromisos de confidencialidad. En concreto se acordó

⁷ Resolución de la CNC de 25 de marzo de 2013.

eliminar la Cláusula del Contrato de Inversión entre Deoleo y Hojiblanca que contenía el pacto de no competencia. Por otro lado se estableció que los dos Consejeros, que como resultado de la operación fueran designados por Hojiblanca, no podrían tener acceso a información comercial sensible sobre venta a terceros de aceite de oliva envasado así como sobre la compra por parte de Deoleo de aceite de oliva a granel. Igualmente, se acordó impedir que ningún miembro del Consejo de Administración de Deoleo solicitara a Hojiblanca información comercial sensible de venta a terceros de aceite de oliva a granel. Asimismo, los dos Consejeros que como resultado de la operación designara Hojiblanca se abstendrían de ejercitar sus derechos de voto sobre estas materias.

Con todo ello se trataba de asegurar que la información comercial sensible de Deoleo relacionada con la venta de aceite de oliva envasado y la compra de aceite de oliva a granel, así como la información comercial sensible de Hojiblanca relativa a la venta a terceros de aceite de oliva a granel, no fuera compartida entre ambas sociedades.

De los casos presentados se desprende que el enfoque aplicado en España, en línea con el de la CE, se ha basado en la adopción de medidas ad hoc, cuando así se ha considerado necesario y plantea por tanto riesgos desde el punto de vista de la cobertura que la normativa da a las participaciones minoritarias activas que no deban ser notificadas. Esta situación es compartida con otros Estados miembros de la Unión Europea como pueden ser Irlanda o Italia.

4. CONCLUSIÓN

Tal y como se ha visto a lo largo de este artículo las autoridades de competencia han adoptado diferentes enfoques en relación con el análisis que sobre la competencia efectivo en los mercados pueden tener los vínculos estructurales entre empresas.

Al no existir una presunción de ilegalidad per se de este tipo de participaciones el análisis debe llevarse a cabo caso a caso. Ahora bien, para concluir que existen riesgos de conductas anticompetitivas y justificar así la imposición de soluciones, ya sean estructurales o de comportamiento, es necesario contar con argumentos sólidos.

La mayor parte de las autoridades de competencia han acudido a ambos tipos de soluciones si bien las de tipo estructural se consideran más efectivas y su cumplimiento es más fácil de vigilar que el de las soluciones de comportamiento.

Por último cabe destacar que en muchos casos el análisis *ex ante* de los posibles efectos sobre la competencia de la existencia de participaciones minoritarias en empresas competidoras cuando no se da un cambio de control en la empresa adquirida escapa al escrutinio de las autoridades de competencia, como se ha visto en el caso español y comunitario.

En este sentido las posibles conductas anticompetitivas que pudieran derivar de esta situación en el marco actual serían analizadas a la luz de la normativa sobre conductas restrictivas. En este sentido cabe destacar que los intercambios de información comercial sensible entre competidores ha sido sancionado de forma reiterada por las autoridades de competencia como una conducta colusoria que restringe la competencia en el mercado y que por tanto tiene un carácter dañino para los consumidores.

No obstante, también se ha utilizado la vía de los compromisos en el marco del control de concentraciones y se han dado soluciones ad hoc a casos concretos que así lo han requerido.

El debate abierto a nivel comunitario para extender el control a este tipo de vínculos entre empresas plantea cuestiones que deberán solventarse para determinar cuál sería el sistema más equilibrado que permitiera combinar un cierto grado de control al tiempo que no suponga una sobrerregulación o incluso una carga burocrática innecesaria.

5. BIBLIOGRAFÍA

- «Antitrust issues involving minority shareholding and interlocking directorates», OCDE DAF/COMP, 2008 (30)
- Directrices de la Comisión Europea sobre la aplicabilidad del art. 101 del TFUE a los acuerdos de cooperación horizontal.
- MOTTA, M., *Competition Policy, Theory and Practice*, Cambridge University Press, 2004.
- TIROLE, J., *The Theory of Industrial Organization*, The MIT Press, 1988.
- «Towards more effective EU merger control», Commission Staff Working Document, European Commission.

PROBLEMAS DERIVADOS DE LA ATRIBUCIÓN
EUROPEA DE RESPONSABILIDAD
A LAS SOCIEDADES MATRICES POR LOS ILÍCITOS
ANTICOMPETITIVOS DE SUS FILIALES:
DE STORA A PORTIELJE, PASANDO
POR AKZO NOBEL Y ELF-AQUITAINE *

Fernando DÍEZ ESTELLA

Profesor Contratado Doctor de Derecho Mercantil
Centro U. Villanueva, adscrito a la Universidad Complutense de Madrid

Patricia PÉREZ FERNÁNDEZ

Doctoranda en Derecho Mercantil
Instituto Max-Planck de Derecho de la Competencia y Propiedad Intelectual (Múnich)/
Universidad de Castilla-La Mancha

1. INTRODUCCIÓN

En el ámbito del Derecho *antitrust*, según la reciente jurisprudencia europea se imputa a la sociedad matriz responsabilidad solidaria por los ilícitos que han cometido sus filiales. Esto implica la imposición de cuantiosas multas y sanciones económicas, basándose en la doctrina de la «entidad económica» y desatendiendo una serie de derechos fundamentales del Derecho sancionador y principios básicos de cualquier ordenamiento jurídico civilizado como son el de la responsabilidad personal, el principio *in dubio pro reo*, el carácter rebatible de una presunción *iuris tantum*, el principio *nulla poena sine culpa*, la identificación de la persona física o jurídica destinataria de la sanción, la presunción de inocencia y —en lo relativo al campo específico del Derecho societario y los grupos de empresas— la individualización de la responsabilidad, el concepto del control societario y la lógica jurídica y económica de este tipo de estructuras empresariales.

Así mismo, en el ámbito más específico del Derecho de defensa de la competencia, esta doctrina plantea importantes dificultades a la hora de

* Una versión previa de este trabajo obtuvo un accésit en la categoría «Derecho Mercantil y Civil» del premio Estudios Financieros 2013 (CEF).

entender el concepto mismo de «empresa» (que, no lo olvidemos, es el destinatario de las prohibiciones contenidas en la normativa *antitrust* comunitaria, plasmada en los arts. 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la UE), y yerra catastróficamente al no diferenciar el enfoque legal y societario de la empresa y los grupos de empresas, y la perspectiva económica-empresarial de las sociedades.

Por último, esta desafortunada teoría de la «entidad económica», parece desconocer por completo los más básicos criterios del *deterrence* (carácter disuasorio de las sanciones en el ámbito *antitrust*), los modernos mecanismos de *enforcement* (aplicación del Derecho de la competencia) y la virtualidad y eficacia de los programas de *compliance* (programas previos de asegurar el cumplimiento de la normativa por parte de las empresas).

¿Cómo hemos podido llegar a esta situación? En este artículo exploramos posibles respuestas, y aportamos sugerencias para una solución al problema¹, que coincide en identificar y denunciar la práctica totalidad de la doctrina, y sin embargo desoye por completo tanto la Comisión Europea en sus Decisiones como los Tribunales comunitarios —a partir de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el Tribunal General y el Tribunal de Justicia de la UE— en su labor de revisión jurisdiccional.

Para ello se seguirá el siguiente esquema: tras esta breve introducción, el apartado II detalla la doctrina de la «entidad económica/culpa colectiva», construida jurisprudencialmente por los órganos *antitrust* comunitarios en fechas recientes para atribuir responsabilidad a la matriz por los actos ilícitos —especialmente acuerdos colusorios de tipo horizontal (cárteles)— cometidos por sus filiales. Este análisis se llevará a cabo a partir de la doctrina existente sobre la materia, y sobre todo las Decisiones de la Comisión y pronunciamientos recientes del TG y TJUE. A continuación, en el apartado III se señalan los problemas que se derivan en la práctica de aplicar la doctrina de la entidad económica en el ámbito de las multas derivadas de ilícitos anticompetitivos, al chocar con Derechos fundamentales como el principio de responsabilidad personal de las sanciones (*nulla poena sine culpa*) y la presunción de inocencia (*in dubio pro reo*). En el apartado IV se mencionará el régimen vigente en Alemania, donde se separan la responsabilidad de la matriz y la de la filial y finalmente en este trabajo se extraerán unas conclusiones en el apartado V.

¹ Véase, a modo de ejemplo, un «catálogo» de los principios jurídicos vulnerados por esta doctrina de la imputación a la matriz de los actos de la filial, en la enumeración del apartado 38 de la reciente Sentencia del TJUE de 8 de mayo de 2013 (*Eni Spa c. Comisión*, as. C-508/11 P), cuando la recurrente fundamenta su alegación en «la infracción del artículo 101 TFUE, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y de los artículos 6 y 7 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, en la vulneración de los principios de presunción de inocencia, de legalidad, de personalidad de las sanciones, de responsabilidad personal, de proporcionalidad, en la vulneración del derecho de defensa y del derecho a un juicio justo, así como en la falta de motivación con infracción de lo dispuesto en el artículo 296 TFUE».

2. EL ORIGEN Y LOS ELEMENTOS DE LA DOCTRINA DE LA «ENTIDAD ECONÓMICA»

En la legislación comunitaria no se contempla directamente y de forma expresa la posibilidad de imputar a la matriz responsabilidad por los ilícitos *antitrust* cometidos por sus filiales. Es, por tanto, una construcción jurisprudencial, cuyo tratamiento —como veremos a continuación— ha ido variando a lo largo del tiempo. Podemos distinguir, a los efectos de sistematizar la postura que la Comisión y los Tribunales comunitarios han adoptado en relación con la construcción de esta doctrina, tres etapas claramente diferenciadas: la primera, cuando se construye esta doctrina, a lo largo de los años ochenta y noventa; la segunda, a partir de la Sentencia *Stora*, que supone un cambio radical de enfoque, y a partir de la cual se configura un nuevo entendimiento de la «entidad económica», luego confirmado en *Akzo* y *Química*; la tercera, la situación actual, en la que la jurisprudencia comunitaria se debate entre volver al sentido común y jurídico en la imputación a la matriz de los actos de sus filiales, y de lo cual había algún signo esperanzador tras la Sentencia *Elf-Aquitaine*, y en cambio, signos desalentadores tras la reciente Sentencia *Portielje*. A estas tres «etapas» dedicamos los tres apartados de este epígrafe.

A. LA JURISPRUDENCIA ANTES DE *STORA*

Es ya reiterada jurisprudencia y por tanto doctrina consolidada sobre el art. 81 CE (anterior art. 85 del Tratado CEE y actual art. 101 TFUE) que una sociedad matriz responde, en su caso, solidariamente por los ilícitos *antitrust* —especialmente se han apreciado las prácticas colusorias— de su filial, aun cuando dicha filial fuera la única implicada directamente en el cártel y la matriz no hubiera tenido ni participación, y en ocasiones, ni siquiera conocimiento de dicha actuación.

En particular, esta responsabilidad conjunta tiene lugar cuando la filial directamente imputada en el cártel no opera en el mercado de manera independiente y autónoma sino que sigue las instrucciones que le transmite su sociedad matriz. Como veremos en detalle en un apartado más adelante, esto se ha venido a denominar en la jurisprudencia sobre esta materia como estar sometido a la «influencia decisiva» de la matriz. Además, y es otro de los puntos que analizaremos a continuación, en caso de que una sociedad matriz posea la totalidad o casi la totalidad del capital de su filial, se presume *iuris tantum* que la sociedad matriz ejerce dicha influencia decisiva sobre el comportamiento en el mercado de dicha filial, y por tanto responde²

² Véase, con carácter general, y para ilícitos de abuso de dominio más que de cárteles, sobre las consecuencias jurídicas de esta imputación de responsabilidad, J. I. RUIZ PERIS, *La responsabilidad de la dominante en el Derecho de defensa de la competencia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 82-91. Aunque escapa al objetivo de este trabajo, no podemos tampoco dejar de señalar los efectos de esta imputación desde la perspectiva del *private enforcement* y la responsabilidad civil derivada de los

de manera conjunta y solidaria de las conductas anticompetitivas que ésta pudiera haber cometido.

Para una correcta comprensión del concepto, y sus implicaciones en la jurisprudencia reciente que será objeto de análisis, se precisa pues una previa delimitación de los elementos de esta doctrina de la «entidad económica» que tanto la Comisión como el Tribunales comunitarios manejan.

El origen de esta construcción jurisprudencial es, como ha señalado la doctrina³, una «más que discutible» interpretación que considera que un grupo de sociedades puede ser asimilada a una empresa en el sentido de aplicársele la prohibición del art. 101 TFUE.

De partida, sorprende que esta doctrina se haya consolidado tan fácil y rápidamente y sea aplicada de forma tan indiscriminada por las autoridades comunitarias de competencia, ya que —en nuestra opinión— no está en consonancia con lo dispuesto en el art. 23.2 del Reglamento (CE) núm. 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, que determina que la Comisión podrá imponer multas a las empresas y asociaciones de empresas cuando, *de forma deliberada o por negligencia*, infrinjan las disposiciones del art. 101 o del art. 102 del Tratado. Efectivamente, se lleva a cabo una alteración del carácter de tal responsabilidad⁴ hasta convertirla prácticamente en una responsabilidad objetiva, basada únicamente en la posesión del capital de la filial.

Señalar igualmente que en España la regla de imputación ya fue introducida en la anterior Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (art. 8), ya derogada. En la vigente Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, su art. 61.2 establece que: «La actuación de una empresa es también imputable a las empresas o personas que la controlan, excepto cuando su comportamiento económico no venga determinado por alguna de ellas».

Es evidente que tanto la Comisión como los Tribunales comunitarios tienen un gran interés en hacer extensiva a la matriz la responsabilidad por el comportamiento *antitrust* de sus filiales, pues lejos de ser una cuestión doctrinal tiene importantes consecuencias prácticas. En efecto, se trata de un *deep-pocket-approach* ya que puede suponer que el importe de la multa se eleve en una considerable cantidad —que no es difícil de cuantificar en varios millones de euros— al efectuar el cómputo sobre el total

daños causados como consecuencia de las infracciones *antitrust*, ya que la imputación administrativa a la matriz del grupo permitirá que también puedan ejercitarse contra ella acciones encaminadas al resarcimiento patrimonial.

³ F. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «La determinación de la responsabilidad de la sociedad matriz por conductas anticompetitivas realizadas por una filial; ¿de vuelta al buen camino? Comentario de la STJUE de 29 de septiembre de 2011, “Elf-Aquitaine contra Comisión Europea”», en *Revista Deloitte News*, núm. 67, 2012, pp. 41-51, p. 41.

⁴ Como señala ya la reiterada jurisprudencia, «la Comisión puede, a través de una decisión, imponer multas a la sociedad matriz *sin que sea necesario demostrar la implicación personal* de ésta en la infracción» (cursiva añadida), Auto del Tribunal de Justicia de 13 de diciembre de 2012, *Transcatab/Comisión*, C-654/11 P, apartado 29.

del volumen de facturación del grupo, y no solo de la empresa o empresas infractoras. A la vez, esta doctrina facilita enormemente el cobro de la multa, ya que evita el riesgo de trasvases de patrimonio entre empresas del grupo.

Sin embargo, en los primeros pronunciamientos sobre esta materia, como por ejemplo la Decisión *AEG*⁵, anulado posteriormente por Sentencia⁶ del entonces TPI, de 25 de octubre de 1983, se entendía —en nuestra opinión, correctamente— que sólo podía imputarse a la matriz responsabilidad por las infracciones *antitrust* cometidas por su filial en los casos en que esta no decide su comportamiento en el mercado de forma autónoma e independiente, sino que sigue las instrucciones que le da su matriz.

Esta construcción jurisprudencial es evidente que suponía obviar lo que se conoce en el acervo comunitario como el «privilegio de grupo», y hacer en consecuencia responsable a una sociedad de un ilícito que ella no había cometido, pero sobre el que sí había tenido una cierta influencia. En este escenario, es importante recalcar que la imputación a la matriz no se debía tanto al hecho —*estructural*— de tener el control societario sobre su filial, sino a que había habido una implicación —*conductual*— en el comportamiento anticompetitivo de la misma.

Para entender, por tanto, que en el seno de un grupo de sociedades hay una unidad de comportamiento —esto es el germen de lo que hoy conocemos como doctrina de la «entidad económica»— éste constituye una unidad económica única, aunque legalmente las diferentes empresas que la forman tengan personalidades jurídicas separadas, y consecuencia de esta única entidad económica se le puede considerar como una empresa a los efectos de aplicación de las normas de competencia.

Así, en el fallo que resolvía el recurso contra la Decisión *Materias Colorantes*⁷, de la Comisión Europea, ya señaló el Tribunal de Justicia en la temprana Sentencia *ICI*⁸ que «la separación formal entre sociedades, resultante de su personalidad jurídica distinta, no podría oponerse a la unidad de su comportamiento sobre el mercado a los fines de la aplicación de las reglas de la competencia, por lo que debe considerarse que es la recurrente (sociedad matriz) la que ha realizado la práctica concertada en el interior del mercado común».

Por tanto, vemos cómo en esta interpretación de la doctrina de la entidad económica subyace la idea, clásica en el acervo comunitario, de que en la aplicación de la normativa *antitrust* la realidad económica es más importante que la forma jurídica. Así se expresa, por ejemplo, la A. G. Kokott

⁵ Decisión de la Comisión de 6 de enero de 1982, 82/267/CEE, relativa a un procedimiento de aplicación del art. 85 del Tratado CEE (IV/28.748, *AEG-Telefunken*), DOCE L 117, p. 15.

⁶ Sentencia del TPI (actual Tribunal General, TG), de 23 de octubre de 1983, *AEG-Telefunken c. Comisión*, C-107/82 (Rec. 1983 p-03151).

⁷ Decisión 69/243/CEE de la Comisión, de 24 de julio de 1969 (*DO* 1969, L 195, p. 11), relativa a un procedimiento con arreglo al art. 85 del Tratado CEE (IV/26.267, *Materias colorantes*).

⁸ Sentencia de 14 de junio de 1972, *Imperial Chemical Industries Ltd. c. Comisión*, as. 48/69.

en las conclusiones del caso *Portielje*, al señalar que «determinante es, en definitiva, la realidad económica, toda vez que el Derecho en materia de la competencia no se rige por formalismos sino por el comportamiento efectivo de las empresas»⁹.

Sin embargo, y como veremos más extensamente en el siguiente epígrafe, esta premisa no puede llevar a la conclusión de que la presunta unidad económica corresponde automáticamente a un centro de imputación de responsabilidad jurídica, porque ello choca frontalmente con el principio de la responsabilidad penal.

Así pues, en los años ochenta y noventa, la Comisión —y así era refrendado por los tribunales comunitarios en caso de recurso a sus decisiones— sólo hacía extensible a la matriz la responsabilidad por los actos *antitrust* cometidos por sus filiales cuando en el expediente quedaba acreditado que aquella había ejercido una influencia decisiva en dichos comportamientos. Sin embargo, y como veremos seguidamente, de esta postura se ha pasado a una imputación casi automática de la matriz cuando ésta controla el 100 por 100 del capital de su filial.

B. LOS ELEMENTOS DE ESTA DOCTRINA TRAS *QUÍMICA* Y *AZKO*

En este epígrafe se señalarán cuáles son, a nuestro juicio, los tres elementos básicos configuradores de la doctrina de la «entidad económica» que, tal como se interpreta en la actualidad por la Comisión y los tribunales comunitarios, lleva a esa imputación casi automática a la matriz de los actos *antitrust* cometidos por sus filiales: la noción de empresa, la presunción del 100 por 100 del capital social y la «influencia decisiva», y el carácter —en la práctica— irrefutable de la presunción (pese a que tanto la Comisión como los Tribunales se empeñen en afirmar y reafirmar su carácter *iuris tantum*).

a) *La noción de empresa*

En relación con el concepto de empresa, este es pacífico en el acervo comunitario de Derecho de la competencia¹⁰, y podemos definirlo como «cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación»¹¹.

⁹ Conclusiones del A. G. Kokott, de 29 de noviembre de 2012, en el asunto C-440/11P, *Comisión c. Stichting Administratiekantor Portielje y otros*, apartado 72.

¹⁰ Sentencias de 23 de abril de 1991, *Höfner y Elser* (C-41/90, Rec. p. I-1979), apartado 21; de 23 de marzo de 2006, *Enirisorse* (C-237/04, Rec. p. I-2843), apartado 28; de 11 de diciembre de 2007, *ETI y otros* (C-280/06, Rec. p. I-10893), apartado 38; de 1 de julio de 2008, *MOTOE* (C-49/07, Rec. p. I-4863), apartado 21; de 29 de marzo de 2011, *Arcelor Mittal Luxemburg/Comisión*, asuntos acumulados C-201/09 P y C-216/09 P, Rec. p. I-0000, apartado 95; y de 19 de julio de 2012, *AOI y otros/Comisión y otros*, asuntos acumulados C-628/10 P y C-14/11 P, Rec. p. I-0000), apartado 42.

¹¹ Conclusiones del A. G. Kokott, de 29 de noviembre de 2012, en el asunto C-440/11P, *Comisión c. Stichting Administratiekantor Portielje y otros*, apartado 28.

Igualmente, y esto es importante de cara a la construcción de la doctrina de la «entidad económica», está igualmente claro que esta unidad económica que constituye la empresa puede estar constituida por varias personas físicas o jurídicas¹².

En la Sentencia¹³ del TG de 16 de junio de 2011, *Gosselin*, cuyo recurso ante el TJUE precisamente ha dado lugar en fechas recientes al pronunciamiento *Portielje* —que será analizado en profundidad en un epígrafe posterior— se parte de esta definición (apdo. 40) precisando a continuación, no obstante, que «la sociedad matriz de una empresa que ha cometido una infracción del artículo 81 CE no puede ser sancionada por una decisión de aplicación del artículo 81 CE si ella misma no es una empresa» (apdo. 42). Esta discusión tiene lugar porque la matriz de la empresa sancionada por el cártel era una Fundación.

En sus conclusiones¹⁴, la A. G. Kokott expresa la opinión (apdo. 30) de que esto es una interpretación errónea del concepto de empresa en relación con la responsabilidad de las sociedades matrices por las prácticas colusorias de sus filiales. Y sienta, a continuación, el núcleo de la doctrina de la «entidad económica», y la relación que hay entre el concepto de empresa y la imputación a la matriz de los actos de las filiales, al afirmar (apdo. 31) que la responsabilidad solidaria de la sociedad matriz y la filial se basa en el hecho de que, cuando la filial carece de autonomía suficiente frente a la matriz, ambas intervienen como titulares comunes de una misma empresa en el sentido del Derecho en materia de competencia.

Siguiendo esta línea de razonamiento, ambas sociedades constituyen una unidad económica y en su relación interna pueden invocar el llamado «privilegio de grupo de empresas», es decir, la prohibición de prácticas colusorias no rige respecto a los acuerdos pactados entre ellas. Y, viceversa, en sus relaciones con terceros, la sociedad matriz y la filial también constituyen una unidad económica, y, por tanto, deben responder solidariamente por las eventuales prácticas colusorias de la empresa que ambas personifican conjuntamente.

Como veremos más adelante, esta concepción de la empresa y este criterio de imputación de responsabilidad nos parece que desconoce los más elementales principios del Derecho sancionador, y no respeta el concepto de la responsabilidad personal del infractor.

Por otro lado, aunque ya hemos visto que la consideración del grupo de empresas como una entidad económica única —a los efectos de aplicación de las normas de competencia— tiene un origen antiguo en el acervo comu-

¹² Sentencias de 12 de julio de 1984, *Hydrotherm Gerätebau* (170/83, Rec. p. 2999), apartado 11; de 10 de septiembre de 2009, *Akzo Nobel y otros/Comisión* (C-97/08 P, Rec. p. I-8237), apartado 55.

¹³ Sentencia del Tribunal General de 16 de junio de 2011, *Gosselin Group y otros/Comisión* (asuntos acumulados T-208/08 y T-209/08, Rec. p. II-0000).

¹⁴ Conclusiones del A. G. Kokott, de 29 de noviembre de 2012, en el asunto C-440/11 P, *Comisión c. Stichting Administratiekantoor Portielje y otros*.

nitario, sin embargo el planteamiento de las Sentencias *AEG* o aun *ICI* es muy distinto al de *Akzo*. En efecto, en aquellos primeros pronunciamientos, las empresas de un grupo sólo constituían una entidad económica única si se demostraba que había una unidad de comportamiento.

En cambio, con la interpretación actualmente vigente, se considera que existe una entidad económica única simplemente con que existan vínculos económicos, legales o comerciales entre la matriz y sus filiales.

Con este planteamiento, y la presunción que examinaremos en el apartado siguiente, se concluye que matriz y filial forman una entidad económica única, sin importar lo más mínimo que la matriz haya influido —o siquiera, tenido constancia— sobre la conducta infractora de la filial.

b) *La presunción del control del 100 por 100 del capital social y la influencia decisiva*

Derivado del anterior, el siguiente elemento configurador de la doctrina de la «unidad económica», y que viene a ser una suerte de presunción que, pese a calificarse por la propia jurisprudencia como *iuris tantum*, en la práctica opera como irrefutable, es decir, *iuris et de iure*, es la de que si la sociedad matriz controla el 100 por 100 de la sociedad participada, entonces ejerce sobre ella la «influencia decisiva» y de la que se deriva en última instancia su responsabilidad por la conducta *antitrust* de su filial.

Esta presunción tiene su origen en la Sentencia¹⁵ *Stora*, del año 2000, según la cual una sociedad matriz que posee el 100 por 100 del capital de su filial ejerce una influencia decisiva en el comportamiento de esta y por tanto le corresponde a la sociedad matriz aportar elementos de prueba suficientes que puedan acreditar que su filial se ha comportado de modo independiente y autónomo en el mercado.

Naturalmente, al hilo de este pronunciamiento se planteó la duda sobre si la posesión al 100 por 100 del capital de la filial era suficiente para fundamentar la presunción de la existencia de unidad económica —y en consecuencia determinar la responsabilidad de la matriz— o por el contrario, si era necesario presentar algún tipo de elemento adicional, que fuera capaz de demostrar el ejercicio efectivo de una influencia decisiva.

Aunque el Abogado General (en adelante A. G.) Mischo en sus Conclusiones¹⁶ señaló sin ambages que la Comisión Europea tenía que probar, para la imputación de responsabilidad, que la matriz ejerció una influencia decisiva sobre la filial a pesar de que reconocía que esta prueba era más sencilla cuando la matriz tenía el control total de su filial. Conforme a este planteamiento, no era suficiente con que la Comisión se limitase a probar el mero control societario, sino que tenía que aportar algo más, aunque fuera

¹⁵ Sentencia del TJCE (Sala 5.ª) de 16 de noviembre de 2000, *Stora Kopparbergs Bergslags AB c. Comisión*, asunto C-286/98 P.

¹⁶ Disponibles en la web <http://www.eur-lex.europa.eu/LexUriServ/>.

de forma indiciaria. Sin embargo, como sabemos, el Tribunal se apartó de esta opinión, y formuló la presunción en los términos que luego se trasladaron a otras decisiones como *Química* o *Akzo*.

Por si todavía alguien contemplaba dudas, el debate quedó zanjado a partir del «*leading case*» de la construcción jurisprudencial de imputación a la matriz de responsabilidad por los actos de su filial, la Sentencia¹⁷ de 2009 del TG, *Akzo Nobel*. En este importante pronunciamiento se afirma que, en el caso de existir ese control de la totalidad del capital —luego veremos que se admiten también participaciones mayoritarias— «existe una presunción *iuris tantum* de que dicha sociedad matriz ejerce efectivamente una influencia decisiva sobre el comportamiento de su filial» (apdo. 60). Así, basta que la Comisión pruebe que la sociedad matriz de una filial posee la totalidad del capital de esta para «considerar que la sociedad matriz es responsable solidariamente del pago de la multa impuesta a su filial, excepto si tal sociedad matriz, a la que corresponde desvirtuar dicha presunción, aporta suficientes elementos probatorios para demostrar que su filial se conduce de manera autónoma en el mercado» (apdo. 61).

Como vemos, por tanto, no solo el TJUE reitera y consolida la presunción y la inversión de la carga de la prueba, contenidas en la jurisprudencia *Stora*, sino que en *Akzo* se pronuncia además sobre la significación de la titularidad del 100 por 100 como elemento exclusivo para fundar la presunción¹⁸.

Y, además, como señaló la Sentencia del entonces TPI *General Química*¹⁹ (apdo. 72), la presunción de responsabilidad basada en la posesión del capital no solo se aplica en los supuestos en que existe una relación directa entre la sociedad matriz y su filial, sino también cuando esta relación es indirecta, a través de una filial interpuesta.

De la lectura de cierta jurisprudencia sí podría interpretarse que la eficacia de la presunción requiere de la constatación de algún otro elemento o circunstancia adicional, pero lamentablemente se trata de Sentencias aisladas, que no se han consolidado como doctrina jurisprudencial. Es el caso, por ejemplo, de la Sentencia del entonces TPI, de 26 de abril de 2007, en el caso *Bolloré*, en cuyo párrafo 132 manifiesta sin ambages que la mera

¹⁷ Sentencia del TG, de 10 de septiembre de 2009, *Akzo Nobel y otros/Comisión* (C-97/08 P, Rec. p. I-8237).

¹⁸ *Ibid.*, apartado 62: «Si bien es cierto que en los apartados 28 y 29 de la Sentencia *Stora*, el Tribunal de Justicia evocó otras circunstancias, aparte de la posesión del 100% del capital de la filial, como la no negación de la influencia ejercida por la sociedad matriz en la política comercial de su filial y la representación común de ambas sociedades durante el procedimiento administrativo, no es menos cierto que dichas circunstancias únicamente fueron mencionadas por el Tribunal de Justicia con objeto de exponer el conjunto de los elementos en que el Tribunal de Primera Instancia había fundado su razonamiento y no para supeditar la aplicación de la presunción mencionada en el apartado 60 de la presente sentencia a la aportación de indicios adicionales relativos al ejercicio efectivo de una influencia de la sociedad matriz».

¹⁹ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 18 de diciembre de 2008, as. T-85/06, *General Química y otros c. Comisión*.

posesión de la totalidad del capital, por sí mismo, no basta²⁰ para acreditar la influencia decisiva.

En alguna ocasión sí se han aportado como prueba esos «elementos adicionales» para justificar la imputación a la matriz de los actos de la filial. Así, en virtud de la Decisión²¹ *Paneles de yeso*, la Comisión impuso una multa de 85,8 millones de euros por infracción del entonces art. 81.1 Tratado CE al *Grupo Knauf*, que estaba ligado a una serie de filiales, controladas todas por una sociedad *holding*, *Gebrüder Knauf Verwaltungsgesellschaft KG* (GKV), a través de un «contrato familiar», ya que GKV y Knauf tenían los mismos 22 accionistas, todos ellos miembros de la familia Knauf.

Esta decisión fue recurrida, el entonces TPI rechazó el recurso y el asunto acabó en el TJUE, quien en Sentencia²² de 1 de julio de 2010 concluyó (apdo. 106) que tal como apreció la Comisión, en realidad GKV no determina de manera autónoma su comportamiento en dicho mercado, sino que depende a este respecto de Knauf. Esto se deriva²³, entre otros, de los siguientes elementos:

- a) Knauf y GKV tienen los mismos accionistas y directivos.
- b) Los accionistas están sindicados en virtud de un contrato familiar, cuyo único objetivo es precisamente asegurar una «dirección única» de las compañías del Grupo Knauf.
- c) GKV es simplemente una compañía *holding* y depende de Knauf tanto en su personal como en cuanto a sus instalaciones.
- d) En los datos sobre ventas que se intercambiaban para implementar el cártel de las placas de yeso, se hacía mención tanto a Knauf como a las filiales de GKV.
- e) Sin que la Comisión se lo hubiera pedido así, Knauf le envió los datos de todo el grupo GKV, y eso fue lo que se usó para el cálculo de la multa.

²⁰ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 26 de abril de 2007, asuntos acumulados T-109/02, T-118/02, T-122/02, T-125/02, T-126/02, T-128/02, T-129/02, T-132/02 y T-136/02, *Bolloré c. Comisión*: «A este respecto, la posesión de la totalidad del capital del filial, pese a constituir un fuerte indicio de que la sociedad matriz dispone de capacidad para influir decisivamente en el comportamiento de su filial en el mercado, no basta por sí solo para permitir imputar a la matriz la responsabilidad del comportamiento de la filial (véanse, en este sentido, la Sentencia *Stora Kopparbergs Bergslags/Comisión*, citada en el apartado 131 *supra*, apartados 27 a 29, y las conclusiones del Abogado General Mischo en el asunto en que se dictó dicha sentencia, Rec. p. I-9928, puntos 17 a 62). Junto al porcentaje de participación sigue siendo necesario un elemento adicional, que puede no obstante consistir en indicios. No es imprescindible que dicho elemento adicional sea una prueba de que la matriz impartió efectivamente a su filial instrucciones de participar en la práctica».

²¹ Decisión de la Comisión, de 27 de noviembre de 2002 (2005/471/CE) relativa a un procedimiento de aplicación del art. 81 del Tratado CE contra BPB PLC, Gebrüder Knauf Westdeutsche Gipswerke KG, Société Lafarge, S. A., y Gyproc Benelux NV (asunto COMP/E-1/37.152, *Paneles de yeso*).

²² Sentencia del TJUE, de 1 de julio de 2010, as. C-407/08P, *Knauf Gips KG c. Comisión*.

²³ Véase, a este respecto, el análisis de A. WINCKLER, «Fines: New Case extending Company Liability in the name of the “Economic Unit” concept and reversing prior case law on Admissible Arguments», en *Journal of European Competition Law & Practice*, 2011, vol. 2(1), pp. 34 y ss. Igualmente, y crítico con esta Sentencia, A. SVETLICINI, «Who is to blame? Liability of “Economic Units” for infringements of EU Competition Law», en *European Law Reporter*, 2011, vol. 2(2), pp. 52 y ss.

Hay más ejemplos²⁴ de rechazo del TJUE al intento de refutación de la presunción; haremos referencia a ellos en los apartados siguientes, este en particular ilustra el diferente enfoque de la Comisión —refrendado luego por los tribunales comunitarios— en relación con las sociedades matrices de carácter financiero, según sean inversores meramente pasivos (el caso *Alliance One*²⁵, en el que el TG rechazó la imputación de responsabilidad a la matriz) o tengan una actitud más activa e intervencionista (como el que acabamos de señalar del *Grupo Knauf*).

A este respecto, ya en su Sentencia²⁶ *Cassa di Risparmio di Firenze* había afirmado el TG que la mera tenencia de participaciones, aunque sean de control, no caracteriza por sí misma una actividad económica (apdo. 111). Para la A. G. Kokott, sin embargo, debe estimarse que una fundación que posee el control de una sociedad participa en la actividad económica de la «empresa» controlada siempre que ejerza efectivamente dicho control «interviniendo» directa o indirectamente en la gestión de esta última (apdo. 42 de sus Conclusiones).

Y, a partir de aquí, continúa en sus Conclusiones (apdos. 44 a 48) con una serie de consideraciones que la doctrina ha calificado —pensamos que acertadamente— de auténticos «malabarismos» para conciliar la jurisprudencia *Cassa di Risparmio di Firenze* con *Akzo Nobel* y aplicar esta última al caso *Comisión c. Portieljé*.

Señala la A. G. Kokott que, a diferencia de lo que sostiene el Tribunal General, la Sentencia *Cassa di Risparmio di Firenze* es compatible con la jurisprudencia *Akzo Nobel*. En ambos casos, el Tribunal de Justicia supedita la presunción de existencia de una unidad económica y, por ende, de que la «sociedad matriz» y su «filial» constituyen una empresa única, a que la matriz ejerza efectivamente una influencia decisiva sobre la filial. Concede que de la jurisprudencia *Akzo Nobel* también se infiere que en el «caso específico» de que una sociedad matriz posea el 100 por 100 (o casi el 100 por 100) del capital de su filial existe una «presunción del ejercicio efectivo de una influencia decisiva» de la matriz en el comportamiento de la filial (presunción del 100 por 100), que admite prueba en contrario, mientras que

²⁴ Véase, en el apartado 53 de la Sentencia de 8 de mayo de 2013 (as. C-508/11 P, *Eni SpA c. Comisión*), la relación de factores que —sorprendentemente— no son suficientes para demostrar que la matriz (Eni) no influía decisivamente sobre las actividades de la filial (Versalis): «[...] Eni nunca había operado directamente en el sector de que se trata, que no había existido ningún solapamiento entre los puestos directivos de la sociedad matriz y de las filiales, que Eni no había dispuesto de información sobre los planes estratégicos y comerciales, ni sobre su ejecución, tal como habían sido definidos por las sociedades operativas, y que Eni no había participado en modo alguno en los procesos decisorios de definición de los planes estratégicos y comerciales, así como, en particular, de las cifras anuales de ventas y de precios».

²⁵ Decisión C (2004) 4030 final de la Comisión, de 20 de octubre de 2004, relativa a un procedimiento con arreglo al artículo [81 CE, apartado 1] (asunto COMP/C.38.238/B.2), *Tabaco crudo - España*, cuyo recurso dio lugar a la Sentencia del Tribunal General, de 27 de octubre de 2010, as. T-24/05, *Alliance One et. al. c. Comisión Europea*. Véase, para un análisis de este pronunciamiento, C. HUMMER, «Alliance One: General Court overturned parental liability of a pure financial holding company», en *Journal of European Competition Law & Practice*, 2011, vol. 2 (1), pp. 126 y ss.

²⁶ Sentencia de 10 de enero de 2006, *Cassa di Risparmio di Firenze y otros* (C-222/04, Rec. p. I-289).

la Sentencia *Cassa di Risparmio di Firenze* no contiene ninguna alusión a tal presunción.

Sin embargo —y esto es lo sorprendente— señala a continuación que la omisión de la mención de la presunción del 100 por 100 en la Sentencia *Cassa di Risparmio di Firenze* se deba sobre todo al tipo de procedimiento tramitado en dicho asunto, toda vez que se trataba de una petición de decisión prejudicial ajena a cuestiones probatorias. Así mismo, subraya la A. G. Kokott que tenerse en cuenta que en el asunto *Cassa di Risparmio di Firenze* el Tribunal de Justicia no examinó exactamente un caso específico de control al 100 por 100 o casi al 100 por 100, sino las «participaciones de control» en general, las cuales también incluyen participaciones claramente por debajo del umbral del 100 por 100.

Así, con estas premisas, puede concluirse entonces que el Tribunal General sobrevaloró el hecho de que en la Sentencia *Cassa di Risparmio di Firenze* el Tribunal de Justicia no haya «formulado una presunción *iuris tantum* de “intervención”»²⁷ como la que establece la jurisprudencia *Akzo Nobel*.

Y, pese a todo lo que ya hemos señalado con anterioridad de que es prácticamente imposible refutar la presunción, insiste (apdo. 53)²⁸ la A. G. Kokott en que este planteamiento no supone la inversión de la carga de la prueba. Y concluye (apdo. 54) con la sorprendente afirmación de que el objetivo de esta presunción es facilitar la aplicación efectiva de las normas de competencia recogidas en los Tratados, respetando al mismo tiempo²⁹ el principio de responsabilidad personal, además de incrementar la seguridad jurídica.

Naturalmente, no podemos estar más en desacuerdo con semejante conclusión, ya que en nuestra opinión lo que ocurre es precisamente todo lo contrario: la presunción del 100 por 100 es un atropello al principio de

²⁷ Sentencia del Tribunal General de 16 de junio de 2011, *Gosselin Group y otros/Comisión* (asuntos acumulados T-208/08 y T-209/08, Rec. p. II-0000), apartado 48.

²⁸ «Debe recordarse asimismo que la presunción del 100%, en contra de lo sostenido por Portielje, no supone la inversión de la carga de la prueba, sino que constituye una regulación de la apreciación de la prueba en asuntos relativos a la imputación de la responsabilidad entre sociedad matriz y filial por infracciones de la normativa en materia de competencia. Dado que la participación al 100% (o casi al 100%) de la sociedad matriz en su filial permite extraer prima facie la conclusión de que efectivamente ejerce una influencia decisiva, corresponde a la sociedad matriz oponerse a esta misma conclusión presentando pruebas en contrario concluyentes; de no ser así, la conclusión cumple las exigencias impuestas a la carga de la prueba por el Estado de Derecho. Dicho de otro modo, se produce una interacción entre las respectivas obligaciones de formular alegaciones, que es una cuestión previa a la de la carga de la prueba objetiva».

²⁹ En idénticos términos se pronuncia la STJUE (Sala 1.ª) de 8 de mayo de 2013, *Eni SpA/Comisión*, C-508/11 P, que señala en su apartado 50 que «dicha presunción tiene precisamente como finalidad establecer un equilibrio entre la importancia, por una parte, del objetivo consistente en reprimir las conductas contrarias a las normas sobre la competencia, en particular al artículo 101 TFUE, y evitar que éstas se repitan y, por otra parte, de las exigencias de determinados principios generales del Derecho de la Unión como son, en particular, los principios de presunción de inocencia, de personalidad de las sanciones y de seguridad jurídica, así como el derecho de defensa, incluido el principio de igualdad de armas». Sin embargo, el hecho de que la alegación de la parte sea infundada —como señala más adelante el apartado transcrito— puede que lleve a concluir que la Sentencia del TG recurrida no adolezca de error, pero no deja de ser también cierto que la construcción jurisprudencial de esta doctrina es equivocada.

responsabilidad personal y pone de manifiesto un absoluto desprecio por la seguridad jurídica y la presunción de inocencia de las empresas.

Así lo señala, contrariamente a la opinión que sostiene la A. G. Kokott, su colega el también A. G., Sr. Bot, en las ya citadas Conclusiones³⁰ en el asunto *Arcelor Mittal c. Comisión*, con referencias a la Carta Europea de Derechos Humanos, un recordatorio de que la Comisión tiene que ser extremadamente cuidadosa en este tipo de presunciones, ya que está afectada por el *prosecutorial bias* (recordemos que por lo menos en el ámbito *anti-trust* es el mismo órgano el que instruye, decide y sanciona), ya que además goza de un «amplio margen de apreciación» para evaluar los hechos y sus consecuencias jurídicas, y en fin, que la carga de la prueba de que una empresa ha cometido un ilícito anticompetitivo corresponde a la Comisión.

En efecto, como hemos señalado en la introducción, la prueba de hechos negativos, y en la aplicación que la Comisión y el TG/TJUE están haciendo de la refutabilidad de la presunción, constituye sin duda una *probatio diabólica*, que sitúa a las empresas matrices en situación de total indefensión ante la imputación de responsabilidad por actos cometidos por sus filiales.

Pese a todo, reitera (apdo. 89) la A. G. Kokott en que habría correspondido a la recurrente acreditar que, en el caso de autos, la «sociedad matriz», se abstuvo de ejercer una influencia decisiva en su «sociedad filial», de modo que esta última, a pesar del control del 100 por 100 de su capital por la primera, podía decidir de manera autónoma su comportamiento en el mercado. Y, por si quedara alguna duda, apuntilla (apdo. 90)³¹ que ello no constituye «en absoluto» una *probatio diabólica*.

Además de todo lo que ya hemos ido señalando, la concepción de los organismos comunitarios de competencia del funcionamiento de los grupos de sociedades y la aplicación a los mismos de la doctrina de la «entidad económica» supone ignorar —y aún en cierto modo despreciar— las más elementales nociones sobre Derecho societario de grupos.

En sus Conclusiones³² sobre el caso *Comisión c. Portieljé* afirma (apdo. 71) sin ningún pudor ni recato la A. G. Kokott, que la apreciación

³⁰ Conclusiones de la A. G. Sr. Yves Bot de 26 de octubre de 2010, asuntos acumulados C-201/09 P y C-216/09 P, apartado 213: «*Nous pensons que la présomption en cause doit, dans chaque cas, être corroborée par d'autres éléments de fait prouvant l'exercice d'une influence déterminante de la société mère sur sa filiale. Cela permettrait d'éviter une démarche qui tendrait, de façon automatique, à fonder la responsabilité des sociétés mères sur la seule base de la détention du capital. Cela encouragerait les autorités de poursuites à procéder, dans chaque cas, à une appréciation nuancée des liens économiques, juridiques et organisationnels unissant la société mère à sa filiale. Dans le cas d'une filiale détenue à 100%, la charge de la preuve incombant à la Commission devrait effectivement être moins lourde que celle lui incombant dans le cas d'une filiale détenue à 70%, mais elle ne devrait pas être inexistante.*»

³¹ «[...] ello no constituye en absoluto una *probatio diabólica* que exija de la sociedad matriz la prueba de hechos negativos, sino que, como ya se ha expuesto, sobre la base de información concreta de la actividad cotidiana de la empresa, es posible dilucidar si, y en su caso, en qué medida, una filial toma sus propias decisiones respecto a su política comercial y su comportamiento en el mercado, es decir, si actúa con independencia de su matriz».

³² Conclusiones del A. G. Kokott, de 29 de noviembre de 2012, en el asunto C-440/11P, *Comisión c. Stichting Administratiekantoor Portielje y otros*.

acerca de si una filial puede determinar de manera autónoma su comportamiento de mercado o si está sometida a la influencia decisiva de su matriz no puede realizarse basándose únicamente en las disposiciones del Derecho societario pertinente, ya que —según ella— las sociedades matrices afectadas podrían eludir fácilmente la responsabilidad por las prácticas colusorias de sus filiales al 100 por 100 invocando circunstancias puramente societarias.

Afortunadamente, concede que deben tenerse en cuenta las facultades de las que disponen los órganos de las sociedades implicadas, así como si adoptaron acuerdos, cuándo y, en su caso, cuál fue el contenido de los mismos. Sin embargo, lo determinante es la realidad económica, toda vez que «el Derecho en materia de la competencia no se rige por formalismos sino por el comportamiento efectivo de las empresas» (apdo. 72).

Y por ello da la razón a la Comisión, en su postura de que intentar apreciar las cuestiones relativas a la influencia entre sociedad matriz y filial exclusivamente sobre la base de los actos societarios resultaría excesivamente formalista e ignoraría completamente la realidad económica.

c) *La irrefutabilidad práctica de la presunción*

Como podrá fácilmente deducirse de lo expuesto hasta ahora, esta concepción de una supuesta presunción *iuris tantum* excede con creces la naturaleza jurídica de la misma, convirtiéndose de facto en una presunción irrebatible, o *iuris et de iure*, y no respeta el principio de presunción de inocencia.

A este respecto, el TJUE parece estar también desoyendo las acertadas apreciaciones del A. G. Bot, en el caso *Arcelor Mittal*, acerca de que la utilización de presunciones de responsabilidad como medio de prueba, al constituir una excepción a la presunción de inocencia, debe ceñirse a «límites razonables»³³.

Hasta ahora, lo único que la jurisprudencia nos ofrece son los elementos que a la sociedad matriz no le sirven para desvirtuar la presunción de influencia decisiva, como en el caso *General Química*, en el que la Comisión estimó³⁴ que ninguno de los siguientes factores era concluyente para evitar la imputación de responsabilidad:

³³ Conclusiones del A. G. Sr. Yves Bot de 26 de octubre de 2010, asuntos acumulados C-201/09 P y C-216/09 P, apartados 203 y ss. En especial, nótese cómo se invoca el hecho de que esta doctrina, tal cual está construida en la actualidad, afecta —infringiéndolos— a los derechos fundamentales de las empresas: «*Nous sommes pleinement d'accord avec cette démarche. En effet, si la Cour a effectivement tranché cette question au point 61 de l'arrêt Akzo Nobel e.a./Commission, précité, nous restons néanmoins convaincus que la responsabilité de la société mère ne peut pas être établie sur la seule base d'une présomption tirée de la détention du capital. Si la détention de 100% du capital suffit, en effet, à établir l'existence du lien de groupe, nous ne pensons pas qu'elle puisse à elle seule présumer l'exercice effectif d'un pouvoir de direction constituant une connivence à la commission de l'infraction. Il est, à notre avis, nécessaire que la Commission produise d'autres éléments de preuve susceptibles de démontrer l'absence d'autonomie de la filiale, et ce afin de préserver les droits fondamentaux reconnus aux entreprises*» (apdo. 204).

³⁴ Decisión de la Comisión de 21 de diciembre de 2005, 2006/902/CE, en el caso *General Química*, apartados 256 y ss.

- i) que la matriz no participe directamente en el cártel;
- ii) que no existan en las actas oficiales de las reuniones del consejo de administración indicaciones de actividades colusorias;
- iii) que la matriz no conozca de la existencia del cártel;
- iv) que la matriz no participe en la gestión ordinaria de la filial;
- v) que el plan de negocios anual y los objetivos de ventas de la filial no estén sometidos a aprobación por la matriz;
- vi) que la matriz haya intentado vender el capital de la filial a diversos inversores, demostrando su falta de interés por el negocio de la filial;
- vii) que la filial determine autónomamente el precio de venta de sus productos por parte de un agente no exclusivo;
- viii) que no haya vínculos, sinergias ni solapamientos entre las actividades comerciales de la matriz y de la filial;
- ix) que no haya solapamientos personales entre sus respectivos consejos de administración.

Esta línea de razonamiento por parte de la Comisión, refrendada después por los tribunales de Luxemburgo, nos parece más que criticable³⁵, ya que el hecho de que dos empresas de un mismo grupo no compitan entre sí —y por tanto, no se les aplique la prohibición del art. 101 TFUE; no pueden llegar a un acuerdo restrictivo de la competencia si *no hay* competencia que restringir entre ellas— no puede suponer la extensión de la imputación de responsabilidad por actos de una a la otra, sin más argumentos adicionales que el mero control societario, sin demostrar que de hecho ha habido una influencia decisiva, y a partir de una presunción que en teoría es *iuris tantum*, y en la práctica es casi irrefutable.

Como ha puesto de manifiesto la doctrina³⁶ más autorizada, el Tribunal de Justicia ha formulado la presunción sin asegurarse previamente que se corresponde con los hechos, esto es, que, normalmente, una filial al 100 por 100 no decide autónomamente su política comercial y, en particular, su participación en un cártel.

En efecto, esta Decisión fue recurrida, y pese a que el entonces TPI la confirma³⁷ en prácticamente todos sus términos, y el TJUE confirma este fallo, sí hace una pequeña advertencia³⁸ a este respecto, señalando que tan-

³⁵ Véase, a este respecto, la opinión de M. TIerno Centella, M. Pino y J. Kloub, «Cartel fined in the gas insulated switchgear sector», en *Competition Policy Newsletter*, 2007-2, pp. 43 y ss., donde se señala que la imputación de responsabilidad a las matrices —Hitachi y Fuji— constituidas en una *joint venture* no se pudo basar en la presunción del control accionarioal —que sólo era del 50 y 30 por 100, respectivamente—, sino en otros factores, como las funciones de *management* y supervisión ejercidas por las matrices respecto de la JV, su previa implicación —directa— en el cártel, las relaciones verticales de distribución, el seguimiento directo de instrucciones comerciales y actuación en el mercado, etcétera.

³⁶ N. WAHL, «Parent Company Liability. A Question of Facts or Presumption?» (June 7, 2012), *19th St. Gallen International Competition Law Forum ICF - June 7th and 8th 2012*. Disponible en el repositorio de SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2206323>.

³⁷ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 18 de diciembre de 2008, as. T-85/06, *General Química y otros c. Comisión*.

³⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE, de 20 de enero de 2011, as. C-90/09 P, *General Química c. Comisión*, apartados 60-62.

to la Comisión como el —hoy— TG tienen que analizar con más detalle los elementos decisivos alegados por las partes en orden a demostrar la autonomía de comportamiento de la filial, sin que puedan ser rechazados a la ligera, debiendo motivar claramente sus decisiones.

Y, por fin, encontramos más adelante un parámetro de razonabilidad en la aplicación de la presunción, recalcando su carácter *iuris tantum*, por el TG en su reciente Sentencia³⁹ *L'Air liquide*, de 16 de junio de 2011, en virtud de la cual anula la sanción impuesta a la matriz que controla el 100 por 100 de la filial, al entender que la decisión de la Comisión no se ha pronunciado con la suficiente motivación sobre las pruebas en contrario invocadas por aquélla para demostrar la autonomía de su filial.

Como ha señalado la doctrina⁴⁰, este esquema supone una «facilitación evidente en cuanto a los presupuestos para la extensión de responsabilidad a la sociedad dominante titular del 100 por 100 del capital de la dominada; la fundamentación exclusiva en el criterio de la unidad económica; el establecimiento de una presunción, hasta la fecha, irrefutable; [...] nos sitúan ante un enfoque rígido del problema por parte del TJ, introduciendo prácticamente un sistema de atribución de responsabilidad a la sociedad matriz automática y objetiva —por la mera existencia del grupo y su posición en el mismo—, que parece responder más bien a una visión patológica de la empresa de grupo».

Igualmente, en una crítica reciente a este planteamiento, señala⁴¹ el Prof. ALFARO que lo más discutible de la presunción es que no basta, para poder rebatirla, con que la sociedad matriz demuestre «que no hizo nada» (comportamiento omisivo), lo que la convierte en *irus et de iure*, porque es irrefutable que una compañía que tiene el 100 por 100 de otra puede ejercer una influencia decisiva sobre ésta. En definitiva, como hemos ya señalado anteriormente, la imputación a la matriz no se basa en cuestiones de *conducta* —lo que ha hecho o no ha hecho— sino *estructurales* —el hecho de ser propietaria de las acciones de la sociedad infractora—. Y concluye, no sin un cierto deje de ironía, que refutar la presunción requiere «que la matriz demuestre que su filial no es su filial».

Desde luego, no ofrece ningún consuelo —sobre todo a las empresas injustamente sancionadas por los actos cometidos por sus filiales— el hecho de que la propia jurisprudencia del TJUE señale que «el hecho de que sea

³⁹ Sentencia del TG de 16 de junio de 2011, as. T-185/06, *L'Air liquide, société anonyme pour l'exploitation des procédés Georges Claude c. Comisión*. Lamentablemente, la Sentencia no se pronuncia con la rotundidad que hubiera sido deseable sobre el valor de los elementos aportados por la matriz para desvirtuar la presunción, pero bueno, es indudablemente un paso adelante en esta cuestión.

⁴⁰ Véase en este sentido C. CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALTE, «La corresponsabilidad de la matriz por infracción de la filial en el Derecho de la competencia. Un análisis de la última jurisprudencia del TJUE», Ponencia presentada en el *I Congreso Internacional UAM de Derecho de la Unión Europea*, Universidad Autónoma de Madrid, 14 y 15 de julio de 2011, p. 20.

⁴¹ <http://derechomercantilesana.blogspot.com.es/2013/03/nils-wahl-sobre-la-responsabilidad-de.html> (última consulta: 20 de abril de 2013).

difícil aportar la prueba en contrario necesaria para destruir una presunción no implica, en sí mismo, que ésta sea irrefutable»⁴².

Sin embargo, hay también signos esperanzadores de que la doctrina comunitaria está empezando a cuestionar esta construcción, a partir sobre todo de la reciente Sentencia *Elf-Aquitaine*, que puede ser una especie de «vuelta al buen camino», y al que dedicamos el siguiente apartado, para culminar este recorrido por las tres etapas de la doctrina de la «entidad económica».

d) ¿Vuelta a los orígenes? La Sentencias *Elf-Aquitaine* y *Tomkins*

Como hemos señalado en la introducción, podemos distinguir una tercera etapa en este recorrido por la construcción y aplicación práctica de la doctrina de la «entidad económica», y ciertamente un signo esperanzador de que los tribunales comunitarios habían empezando a cuestionar esta construcción, a partir de la reciente Sentencia *Elf-Aquitaine*⁴³.

En ella el TJUE casa la Sentencia⁴⁴ del entonces Tribunal de Primera Instancia de 20 de septiembre de 2009, que a su vez anulaba la Decisión⁴⁵ de la Comisión de 19 de enero de 2005 que imponía a la empresa *Elf-Aquitaine* una sanción por una infracción del art. 81 Tratado CE cometida no por ella misma, sino por una filial.

En efecto, en esta importante Sentencia el TJUE corrige la línea defendida por la Comisión y los tribunales comunitarios en sus praxis decisoria anterior, que hemos analizado en este trabajo, y que en la práctica había hecho casi imposible rebatir la presunción de que el control del 100 por 100 del capital de tu filial conllevaba una influencia decisiva sobre la misma, a los efectos de ser responsable de sus comportamientos infractores del Derecho de la competencia.

En *Elf-Aquitaine* sin embargo el TJUE confirma —y con ello «vuelve» al planteamiento original de esta construcción, previo a la doctrina *Stora*, confirmada luego por *Química*, *Akzo* y otras— que se trata de una presunción rebatible, que admite prueba en contrario, y que en consecuencia no puede dar lugar a una imputación automática a la matriz de los actos llevados a cabo por su filial.

En efecto, para el TJUE, dicha presunción del ejercicio efectivo de una *influencia decisiva* debe respetar un equilibrio entre dos principios básicos: por un lado, la importancia que tiene el objetivo de evitar y sancionar aque-

⁴² Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE (Sala 1.ª), de 8 de mayo de 2013, *Eni SpA c. Comisión*, asunto C-508/11 P, apartado 68.

⁴³ Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE, de 29 de septiembre de 2011, *Elf-Aquitaine c. Comisión*, asunto C-521/09 P (2011/C 340/03).

⁴⁴ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala 7.ª), de 30 de septiembre de 2009, *Elf-Aquitaine c. Comisión*, asunto T-174/05.

⁴⁵ Decisión C (2004)/4876 final, de la Comisión, de 19 de enero de 2005, relativa a un procedimiento con arreglo al art. 81 CE.

llos comportamientos contrarios a las normas de competencia, en especial al art. 101 TFUE; y, por otro lado, y no menos importante la salvaguarda de aquellos principios generales del Derecho de la Unión que son la garantía y protección de los ciudadanos en cuanto a la aplicación de la ley, como la presunción de inocencia, la personalidad de las penas y la seguridad jurídica, así como los derechos de defensa y de igualdad de oportunidades.

Este equilibrio entre ambos principios, que no cabe duda que en ocasiones puede ser complejo, sólo puede mantenerse si dicha presunción es efectivamente —y no sólo de modo nominal o teórico— refutable. Con todo, no deja el Tribunal de reconocer que se trata de una presunción difícil de rebatir; sin embargo, la presunción —que el TJUE no cuestiona— ha de mantenerse dentro de los límites aceptables a la luz de los principios citados, es decir, si es proporcional al objetivo que persigue y a la vez permite a la empresa imputada en el expediente sancionador aportar pruebas en contra con las cuales pueda exonerarse de responsabilidad. Solo esto es lo que efectivamente garantiza sus derechos de defensa y a un procedimiento justo.

Así, en el caso de autos, los motivos que la matriz —Elf-Aquitaine— alegó para demostrar que su filial —Atofina— tenía un comportamiento en el mercado autónomo e independiente, fueron los siguientes (apdo. 160):

- Elf-Aquitaine es un *holding* puro sin funciones operacionales en el seno de un grupo caracterizado por una gestión descentralizada de sus filiales.
- La gestión de la actividad de Atofina en el mercado no estuvo subordinada a las instrucciones de Elf-Aquitaine.
- Atofina no informó a Elf-Aquitaine acerca de su actuación en el mercado.
- Atofina tenía poder para contratar sin autorización de Elf-Aquitaine.
- Atofina tenía autonomía financiera.
- Atofina había decidido su estrategia jurídica de manera autónoma.

De ahí que, valorados en su conjunto, esta serie de razones fueran motivo suficiente para desvirtuar la presunción de «influencia decisiva», sobre la base del mero control accionarial, que en este caso además ni siquiera era del 100 por 100 (la matriz controlaba el 98 por 100 de Atofina). El hecho de que la Comisión los rechazara sin motivación refuerza la posición, mantenida en estas páginas, de que la imputación a la matriz de las infracciones *antitrust* cometidas por su filial se basa automáticamente en una presunción que ni siquiera era rebatible.

En concreto, señala el TJUE (apdo. 168) que debido a esta falta de motivación de la Decisión de la Comisión:

«resulta muy difícil, por no decir imposible, saber en particular si el conjunto de indicios aportados por la recurrente con el fin de refutar la presunción que le aplicó la Comisión fue desestimado porque no resultaba convincente o porque, a los ojos de la Comisión, el mero hecho de que la

recurrente fuera titular del 98% del capital de Atofina bastaba para imputar la responsabilidad de las acciones de Atofina a la recurrente, con independencia de los indicios presentados por esta última en respuesta al pliego de cargos».

Todo ello lleva al TJUE a concluir (apdo. 180) que «procede anular la Decisión controvertida en la medida en que imputa a la recurrente, sin motivación adecuada a las circunstancias concretas del presente asunto, la infracción en cuestión y le impone una multa». Lo que, teniendo en cuenta todo lo expuesto en los epígrafes anteriores, no deja de ser un precedente⁴⁶ esperanzador y un signo cierto de que puede volverse a la cordura en la aplicación de la doctrina de la «entidad económica».

En un caso decidido recientemente, el asunto *Comisión c. Tomkins*⁴⁷, el TJUE ha reconocido —pensamos que acertadamente— la «accesoriedad» de la responsabilidad de la matriz por los ilícitos anticompetitivos de su filial, confirmando así la Sentencia del TG en primera instancia⁴⁸, en la que ya se había señalado que únicamente se había considerado a Tomkins responsable solidario de la infracción anticompetitiva al ser la empresa matriz de la filial Pegler (que es la empresa que realmente llevó a cabo la conducta anticompetitiva). El TJUE recuerda que también la Comisión había reconocido que había imputado a la empresa Tomkins teniendo únicamente en cuenta su condición de matriz y del hecho de que su filial Pegler había participado en la práctica colusoria examinada en la Decisión controvertida de la Comisión. No obstante, en el apartado 37 de su Sentencia el TJUE afirma que «para imputar responsabilidad a cualquier entidad de un grupo, es necesario que se aporte la prueba de que, al menos, una entidad ha infringido las normas sobre competencia de la Unión y que se ponga de relieve esta circunstancia en una decisión que haya pasado a ser definitiva». El TJUE señala que en este caso la Comisión no había aportado dicha prueba. A continuación se analizan los problemas jurídicos que se plantean al considerar que la matriz y su filial son responsables solidarias por un ilícito anticompetitivo, también en los casos en los que la matriz no hubiese participado en dicha conducta ilícita.

⁴⁶ Que ya está repitiéndose en otros pronunciamientos, en los que el TJUE recuerda a la Comisión esta necesidad de motivación en el caso de rechazo de los argumentos esgrimidos por la sociedad imputada para desvirtuar la presunción. Véase, por ejemplo (aunque el fallo es desestimatorio) la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala 2.^a) de 29 de septiembre de 2011, *Arkema SA c. Comisión Europea*, asunto C-520/09 P, que tiene por objeto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala 7.^a) de 30 de septiembre de 2009, *Arkema c. Comisión*, asunto T-168/05, por la que el entonces TPI desestimó el recurso mediante el que la recurrente pretendía, con carácter principal, la anulación de la Decisión C(2004) 4876 final de la Comisión, de 19 de enero de 2005, relativa a un procedimiento con arreglo al art. 81 (CE) y al art. 53 del Acuerdo EEE en relación con una práctica concertada en el mercado del ácido monocloroacético y, con carácter subsidiario, la reducción del importe de la multa impuesta a la recurrente. El argumento principal fue la supuesta inobservancia de las normas relativas a la imputabilidad de las prácticas contrarias a la competencia de una filial a su sociedad matriz.

⁴⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de enero de 2013, asunto C-286/11 P, caso *Comisión c. Tomkins*.

⁴⁸ Sentencia del Tribunal General de 24 de marzo de 2011, asunto T-382/06, Rec. p. II-1157, caso *Tomkins c. Comisión*, en especial, el apartado 38 de dicha Sentencia.

e) *La jurisprudencia más reciente: STJUE Portielje (11 de julio de 2013)*

Las expectativas que se habían creado a raíz de la Sentencia *Elf Aquitaine* no se han confirmado en el último pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la UE en esta materia, esto es, en la Sentencia *Comisión c. Portielje*⁴⁹, de 11 de julio de 2013, que —acogiendo en su integridad las Conclusiones de la A. G. Juliane Kokott— confirma y consolida lo opuesto a lo que se está defendiendo en estas páginas.

En la instancia anterior, el Tribunal General⁵⁰ había afirmado que una Fundación que fuese titular de la mayoría del capital de otra empresa no podía considerarse como una empresa en sí misma, no debiendo responder, en consecuencia, por el ilícito anticompetitivo de su filial. El Tribunal General había afirmado además en los apartados 48 a 50 que incumbía a la Comisión probar que *Portielje* había intervenido efectivamente en la gestión de *Gosselin*, la filial. Teniendo en cuenta que la Comisión no había aportado ningún medio de prueba en este sentido, el Tribunal General concluyó que la Comisión no había acreditado que *Portielje* fuera una empresa en el sentido del art. 81 CE (actual art. 101 TFUE).

El Tribunal de Justicia sigue, como se acaba de mencionar, en segunda instancia las Conclusiones de la A. G. Juliane Kokott⁵¹, afirmando que carece de relevancia que la entidad que controla a otra «esté constituida con la forma jurídica de una fundación, y no de una sociedad». En relación con la falta de influencia decisiva en la conducta de la filial (argumento que había alegado el Tribunal General), el TJUE señala que no son necesarias decisiones formales adoptadas por los órganos estatutarios de la entidad de cabecera, siendo posible que la unidad económica nazca de manera más informal, teniendo en cuenta especialmente los lazos personales existentes entre las entidades jurídicas que integran la unidad económica⁵². El TJUE además vuelve a subrayar que al controlar *Portielje* la casi totalidad de las acciones de *Gosselin* durante el periodo en el que se observó la conducta anticompetitiva, la Comisión podía presumir válidamente que la entidad controladora —*Portielje*— «había ejercido efectivamente una influencia decisiva en la política comercial de *Gosselin* durante ese periodo, y que *Portielje* y *Gosselin* formaban así durante éste una sola empresa a los efectos del art. 81 CE»⁵³. El TJUE concluye, por tanto, que incumbía a *Portie-*

⁴⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala 3.ª), asunto C-440/11 P, de 11 de julio de 2013.

⁵⁰ Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea, asunto T-208/08 y T-209/08, de 16 de junio de 2011, caso *Gosselin Group y Stichting Administratiekantor Portielje c. Comisión*.

⁵¹ Conclusiones de la A. G. Juliane Kokott presentadas el 29 de noviembre de 2012, asunto C-440/11 P, caso *Comisión c. Stichting Administratiekantor Portielje y otros*.

⁵² Véase apartado 68 de la Sentencia citada. El TJUE aclara que «las tres personas que disponían de la mayoría de los derechos de voto en el órgano de administración de *Portielje*, en el que como regla general las decisiones se tomaban por mayoría simple, constituían ellas tres al mismo tiempo la totalidad del consejo de administración de *Gosselin*» (apdo. 85).

⁵³ Véase apartado 80 de la Sentencia citada.

lje aportar medios probatorios para demostrar que *Gosselin* había actuado con autonomía en el mercado durante ese periodo. Finalmente admite el TJUE las alegaciones de la Comisión, argumentando que *Portielje* no había expuesto ningún factor concreto que pudiera demostrar que la filial había actuado con autonomía en el mercado durante el periodo considerado⁵⁴.

3. CRÍTICA A LA DOCTRINA COMUNITARIA DE IMPUTAR SIEMPRE EL ILÍCITO ANTICOMPETITIVO REALIZADO POR UNA FILIAL A LA EMPRESA MATRIZ

A. LA AUSENCIA OBJETIVA DE UN COMPORTAMIENTO ANTICOMPETITIVO POR PARTE DE LA EMPRESA MATRIZ

Frente a la doctrina radical mantenida actualmente tanto por la Comisión, como por la jurisprudencia comunitaria, en la que la presunción de que la matriz pueda demostrar que no ha influenciado en la conducta de la filial es *de facto* una presunción *iuris et de iure*, aunque se afirme lo contrario, cabría argumentar defendiendo otra postura radical, basada en la imposibilidad de imponer una multa a la empresa matriz, ya que realmente no se observaría ningún hecho anticompetitivo (es decir, ninguna vulneración del art. 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea) cuya autoría corresponda a dicha empresa matriz. De acuerdo con esta línea argumentativa, faltaría el elemento objetivo de la tipicidad del acuerdo colusorio. Así, al no observarse dicho elemento objetivo (en sentido estricto, no cabe hablar tampoco de la existencia de una acción u omisión por parte de la empresa matriz), no podría imponerse ninguna multa como consecuencia de la vulneración de las normas anticompetitivas.

Para ello, basta tener en cuenta el tenor literal del art. 23.2.a) del Reglamento 1/2003, en el que claramente se establece que «mediante decisión, la Comisión podrá imponer multas a las empresas y asociaciones de empresas cuando, de forma deliberada o por negligencia infrinjan las disposiciones del art. 81 o del art. 82 del Tratado». Interpretando en sentido estricto este precepto, no se observaría la concurrencia del tipo ilícito en los supuestos en los que la empresa matriz se ha comportado de forma autónoma en relación con las decisiones o actuaciones que dieron lugar a la infracción de los preceptos mencionados del TFUE. En primer lugar, porque no ha podido obrar de forma «deliberada o por negligencia» cuando ni tenía conocimiento de una conducta ilícita y cuando su comportamiento ha sido autónomo del de la filial y, en segundo lugar, porque no se puede considerar «empresa infractora» de acuerdo con el art. 23.2.a) del Reglamento 1/2003, ya que la empresa matriz sería multada por pertenecer a la misma unidad económica que la filial. Precisamente se encuentra en este punto el problema, ya que se equipara el grupo de empresas pertenecientes a la misma unidad económica a la «empresa» en el sentido del art. 101 TFUE.

⁵⁴ Véase apartado 86 de la Sentencia citada.

En todo caso no se trata de una cuestión baladí, puesto que si la responsabilidad por el ilícito anticompetitivo se extiende a la empresa matriz, entonces la cuantía de la multa será más elevada, ya que se calculará a partir del volumen de negocios de la matriz y de la filial conjuntamente. Será sobre todo una cuestión relevante para los intereses económicos de la empresa matriz, pero también en general, para que las empresas tengan una cierta seguridad jurídica de cómo poder operar en la Unión Europea⁵⁵. Además se debería de analizar la relación entre la empresa matriz y la filial teniendo en cuenta los conceptos jurídicos relativos a la conducta autónoma o no de la matriz con respecto a la filial, y no otorgar la responsabilidad a la matriz por el mero hecho de pertenecer a la misma entidad económica que la filial.

B. LA PROBLEMÁTICA RELACIÓN ENTRE LA DOCTRINA DE LA UNIDAD ECONÓMICA Y EL ÁMBITO SUBJETIVO DE LA POLÍTICA SANCIONADORA EN ILÍCITOS ANTICOMPETITIVOS

En este apartado se va a cuestionar el planteamiento de la Comisión y de la jurisprudencia comunitaria, en el que se equipara la unidad económica constituida por la empresa matriz y la filial (o filiales) a una empresa en el marco del art. 101 TFUE, partiendo de la base de que no se cumple el requisito subjetivo que exige el Reglamento 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los arts. 81 y 82 del Tratado (actuales arts. 101 y 102 del TFUE), en su art. 23.2 para que pueda imponerse una multa sancionadora.

a) *Principio de culpabilidad* (nulla poena sine culpa)

La práctica descrita de la Comisión y de los Tribunales comunitarios, de acuerdo con la que las sociedades matrices han de responder siempre de manera solidaria por los ilícitos anticompetitivos en los que hubiesen incurrido las sociedades matrices, incluso habiendo implementado programas de cumplimiento o *compliance*, vulnera el principio de culpabilidad previsto en el art. 23.2 del Reglamento 1/2003⁵⁶. La cuestión problemática surge porque, partiendo de esta responsabilidad solidaria «automática», ya no se tiene en cuenta ni se entra a valorar si los miembros de la sociedad matriz han vulnerado de forma deliberada o por negligencia la normativa anticompetitiva. Subrayando nuevamente la irracionalidad de la doctrina

⁵⁵ En este punto resulta útil recordar que este tipo de problemas no se plantea en relación a la normativa española, donde el art. 61.2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia, señala que «a los efectos de la aplicación de esta Ley, la actuación de una empresa es también imputable a las empresas o personas que la controlan, excepto cuando su comportamiento económico no venga determinado por alguna de ellas».

⁵⁶ Véase en este mismo sentido S. GEHRING, B. KASTEN y T. MÄGER, «Unternehmensrisiko Compliance? Fehlanreize für Kartellprävention durch EU-wettbewerbsrechtliche Haftungsprinzipien für Konzerngesellschaften», en *Corporate Compliance Zeitschrift. Zeitschrift zur Haftungsvermeidung im Unternehmen*, núm. 1, 2013, pp. 1-40, p. 4, y S. THOMAS, «Der Schutz des Wettbewerbs in Europa-welcher Zweck heiligt die Mittel?», en *Juristenzeitung*, 2011, pp. 485-495, p. 483.

del TJUE, dicho tribunal comunitario afirma que la sociedad matriz, para ser considerada responsable, no es necesario que esté implicada en la infracción anticompetitiva⁵⁷.

Esta afirmación jurisprudencial del TJUE en relación con la responsabilidad cuasi-automática vulnera al mismo tiempo el art. 48.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea del año 2000, así como el art. 6.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos⁵⁸. Estos preceptos resultan aplicables a las sanciones (multas) derivadas de prácticas anticompetitivas, teniendo en cuenta que, como ha confirmado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, dichas sanciones poseen una naturaleza jurídico-penal y que, aunque pueden ser impuestas por una autoridad administrativa, en su caso han de ser revisadas por un tribunal independiente, que además está dotado de jurisdicción plena⁵⁹. Teniendo en cuenta la jurisprudencia del TEDH y los preceptos citados que resultan aplicables en esta materia se debería de reconsiderar la responsabilidad automática y solidaria de la empresa matriz, eliminando la presunción de responsabilidad de la misma y estableciendo la responsabilidad personal en relación con las multas en materia anticompetitiva⁶⁰.

Las sanciones derivadas de ilícitos anticompetitivos se rigen por tanto por el principio de responsabilidad personal, que se diferencia esencialmente de las obligaciones en el ámbito del Derecho privado⁶¹. A este particular cabe recordar que también respecto de las personas jurídicas cabe afirmar la titularidad de derechos y principios fundamentales⁶², por lo que una afectación de los mismos ha de adecuarse también a los principios vigentes en un Estado de Derecho. De ahí que, teniendo en cuenta estos principios vigentes en el modelo de Estado de Derecho, no parezca jurídicamente adecuado

⁵⁷ Véase Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de enero de 2011, Rs. C-90/09 P, apartado 38, asunto *General Química y otros c. Comisión*.

⁵⁸ Estos preceptos señalan casi con las mismas palabras que cualquier acusado de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada.

⁵⁹ Véase la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 27 de septiembre de 2011, arrêt Strasbourg, en el asunto *Affaire A. Menarini Diagnostics s.r.l. contra Italia* (requête n. 43509/98), apartado 44. La Sentencia está disponible en <http://es.scribd.com/doc/67594593/ECHR-Diagnostics> (última consulta: 4 de abril de 2013).

⁶⁰ Véase en este mismo sentido J. ALFARO ÁGUILA-REAL, «La sentencia del TEDH sobre la revisión judicial de las sanciones en Derecho de la Competencia: una ocasión para la próxima gran reforma del Derecho Europeo», disponible en <http://derechomercantilesmana.blogspot.de/2011/10/la-sentencia-del-tedh-sobre-la-revision.html> (última consulta: 4 de abril de 2013).

⁶¹ En el cálculo de las multas en materia anticompetitiva se ha de tener en cuenta factores tales como la gravedad y naturaleza de la infracción, el volumen de negocios de la empresa que es sancionada y en su caso circunstancias atenuantes o agravantes que concurren en el caso, tales como un comportamiento reincidente.

⁶² Véase en relación a la titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas A. J. GÓMEZ MONTORO, «La titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas (análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español)», en *Cuestiones constitucionales: Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 2, 2000, pp. 23-71, y T. VIDAL MARÍN, «Derecho al honor, personas jurídicas y Tribunal Constitucional», en *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, núm. 1, 2007, pp. 1-18, en especial, p. 7. En la doctrina alemana destaca S. THOMAS, «Der Schutz des Wettbewerbs in Europa- welcher Zweck heiligt die Mittel?...», *op. cit.*, p. 494, destacando que una decisión de una autoridad administrativa sin una base jurídica suficiente tendría un impacto negativo sobre la separación de poderes que se observa en los regímenes democráticos.

ni convincente justificar dicha responsabilidad solidaria o cuasiautomática a partir de un concepto funcional de la la normativa anticompetitiva o en función del principio de efectividad, tal y como lo hacen tanto la Comisión como los Tribunales comunitarios⁶³.

La vulneración del principio de culpabilidad a la hora de sancionar a las empresas matrices por los ilícitos anticompetitivos derivados de los comportamientos de sus filiales resulta también evidente si se tiene en cuenta que en el ámbito jurídico, únicamente deberían de resultar destinatarios de obligaciones aquellos sujetos que pueden cumplir con dichas obligaciones y que, por tanto, pueden quedar vinculados por las mismas. En consecuencia, únicamente entidades jurídicas deberían de poder quedar vinculadas por obligaciones, y no entidades económicas que carecen de personalidad jurídica⁶⁴.

No convencen tampoco los argumentos aportados por la jurisprudencia comunitaria con relación a por qué la empresa matriz ha de responder por el ilícito ocasionado por su filial si no ha estado implicada en la conducta ilícita. El mero hecho de que la empresa matriz forme parte de la misma «unidad económica» que la filial parece que no puede ser la razón para explicar la responsabilidad de la matriz, ya que, de ser así, incluso podrían tener que responder los trabajadores y/o miembros del equipo de dirección de las empresas, que también forman parte de la unidad económica, de acuerdo con la definición establecida por la jurisprudencia comunitaria⁶⁵. Sin embargo resulta impensable en la práctica que los trabajadores de una empresa tengan que pagar una multa derivada de un ilícito anticompetitivo en el que ha participado la empresa en la que trabajan simplemente porque formen parte de la unidad económica. De ahí que se haya considerado que la doctrina de la jurisprudencia comunitaria en relación con la unidad económica no es suficientemente precisa como para poder imponer en función de la misma a personas naturales o jurídicas que formen parte de la misma una multa derivada de un ilícito anticompetitivo⁶⁶.

⁶³ En este mismo sentido, véase T. ACKERMANN, «Prävention als Paradigma: Zur Verteidigung eines effektiven kartellrechtlichen Sanktionssystems», en *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht*, núm. 4, 2010, pp. 329-352, pp. 346 y ss.

⁶⁴ Véase en este sentido S. THOMAS, «Guilty of a Fault that one has not Committed. The Limits of the Group-Based Sanction Policy Carried out by the Commission and the European Courts in EU-Antitrust Law», en *Journal of Competition Law & Practice*, vol. 3, núm. 1, 2012, pp. 11-28, p. 14, quien añade que la argumentación mantenida por los tribunales comunitarios, basada en la responsabilidad de la entidad económica, es formal y legalmente falsa.

⁶⁵ Véase, por todos, el apartado 35 de la Sentencia del TJUE de 20 de enero de 2011, asunto C-90/09 P, caso *General Química*, en el que el Tribunal señala que «el Tribunal de Justicia ha precisado asimismo que, en este mismo contexto debe entenderse que el concepto de empresa designa una unidad económica aunque, desde el punto de vista jurídico, esta unidad económica esté constituida por varias personas físicas o jurídicas (Sentencias de 14 de diciembre de 2006, Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio, C-217/05, Rec. p. I-11987, apartado 40; *Akzo Nobel y otros/ Comisión*, antes citada, apartado 55, y de 1 de julio de 2010, *Knauf Gips/Comisión*, C-407/08 P, Rec. p. I-0000, apartado 64)».

⁶⁶ Véase en este sentido E. H. PIJNACKER HORDIJK y S. J. H. EVANS, «The *Akzo Case*: Up a Corporate Tree for Parental Liability for Competition Law Infringements. Case C-97/08 P, *Akzo Nobel and Others v Commission*», en *Journal of Competition Law & Practice*, vol. 1, núm. 2, 2010, pp. 126-129, p. 128.

Además es preciso recordar que, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, las sanciones derivadas de ilícitos anticompetitivos tienen una naturaleza jurídico-penal⁶⁷, lo que implica —como ya anteriormente se ha mencionado— la vigencia de los principios de responsabilidad personal y el de personalización de las penas y de las sanciones, en relación a la pena que cabe imponer como consecuencia del ilícito anticompetitivo. La imposición de multas en este ámbito se diferencia por tanto de las multas impuestas en el ámbito del Derecho privado⁶⁸. Tampoco equivale a la naturaleza de responsabilidad por riesgo de las matrices en relación con sus filiales que se deriva de las Decisiones tanto de la Comisión como de los pronunciamientos de la jurisprudencia comunitaria⁶⁹.

⁶⁷ El A. G. Sr. Yves Bot señala en el apartado 49 de sus Conclusiones en el asunto C-352/09 P, caso *Thyssen Krupp Nirosta GmbH c. Comisión Europea*, presentadas el 26 de octubre de 2010, literalmente que «si bien es cierto que tal procedimiento no pertenece en sentido estricto a la materia penal, no lo es menos que el mismo tiene carácter cuasi-represivo. En efecto, las multas que prevé el artículo 23 del Reglamento n.º 1/2003 son equiparables, por su naturaleza e importancia, a una sanción penal y la Comisión, habida cuenta de sus prerrogativas de investigación, instrucción y decisión, interviene principalmente de manera represiva frente a las empresas. Considero por ello que dicho procedimiento está incluido en la “materia penal”, en el sentido del artículo 6, apartado 1, del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y debe, por tanto, observar las garantías previstas por el componente penal de la citada disposición». En el apartado 161, al no compartir el planteamiento de la Comisión, el AG afirma más concretamente que «la Comisión vulnera el principio de responsabilidad personal y su corolario, el principio de personalización de las penas y de las sanciones, en el que se basa la imputabilidad de las prácticas colusorias ilícitas». Además recuerda el AG que estos principios «constituyen garantías fundamentales del Derecho punitivo». El principio de responsabilidad personal prevé que solo se es responsable de los actos propios, mientras que el principio de personalización de las penas significa que solo se puede imponer una pena al culpable. Decisiva es también la afirmación de que «estos principios se oponen a la responsabilidad de una persona física o jurídica que no ha sido ni autor ni cómplice de una infracción y constituyen, por tanto, sendos límites al ejercicio del *ius puniendi* de los poderes públicos [...]» (véase apdos. 162 y ss. de las Conclusiones del A. G.).

⁶⁸ Véase en sentido contrario por ejemplo, C. KERSTING, «Liability for Competition Law Infringements in a Group of Companies (Wettbewerbsrechtliche Haftung im Konzern)», en *Der Konzern*, 14 de julio de 2011, pp. 1-29, pp. 11 y ss., quien justifica la responsabilidad de las empresas matrices en este ámbito equiparándolo al Derecho de Sociedades alemán. Véase acertadamente la opinión manifestada por J. ALFARO ÁGUILA-REAL y P. LIÑÁN, «Crítica a la jurisprudencia europea sobre imputación a la sociedad matriz de las infracciones de competencia cometidas por sus filiales», en *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 43, 2012, pp. 229-250, pp. 235 y ss., quienes recuerdan la exigencia de culpabilidad establecida en el art. 23.2.a) del Reglamento 1/2003 y la incoherencia de la jurisprudencia comunitaria al fundamentar la responsabilidad de la matriz en el hecho de que la matriz y la filial forman una unidad económica, sin que resulte necesario demostrar la implicación personal de la matriz en la infracción.

⁶⁹ Véase en este sentido E. H. PIJNACKER HORDIJK y S. J. H. EVANS, «The *Akzo Case*: Up a Corporate Tree for Parental Liability for Competition Law Infringements...», *op. cit.*, pp. 128 y ss., y S. THOMAS, «Guilty of a Fault that one has not Committed...», *op. cit.*, p. 15. Véase en sentido alternativo la propuesta efectuada por J. ALFARO ÁGUILA-REAL y P. LIÑÁN, «Crítica a la jurisprudencia europea sobre imputación...», *op. cit.*, pp. 245-250, quienes reconocen la admisión de un régimen de responsabilidad por hecho ajeno y proponen que en este ámbito, ya que se prevé una responsabilidad de la matriz por un hecho ajeno, se contemple dicha responsabilidad bajo la doctrina conocida como *respondeat superior*, es decir, que se considere que la matriz responde por los ilícitos anticompetitivos porque controla a la filial y porque, en la mayoría de los supuestos, es más solvente que la filial. En relación con los sistemas de responsabilidad por hecho ajeno o vicaria en el Derecho español como consecuencia de una relación de agencia, dependencia u otras similares véase P. SALVADOR CODERCH *et al.*, «*Respondeat Superior I*» y «*Respondeat Superior II*. De la Responsabilidad por hecho de otro a la responsabilidad de la organización», en *Indret. Revista para el Análisis del Derecho*, núms. 2 y 3, 2002, disponible en www.indret.com.

Queda claro, por tanto, que la doctrina de la unidad económica (en función de la que, recordemos, tanto la Comisión como los Tribunales comunitarios justifican la responsabilidad de las empresas matrices por los ilícitos anticompetitivos) entra en conflicto con el principio de responsabilidad personal (conocido también como *nulla poena sine culpa*), cuya aplicabilidad en el ámbito de las multas derivadas de ilícitos anticompetitivos ha sido reconocida por el TJUE⁷⁰. Sin embargo, el aspecto problemático surge cuando se tiene en cuenta que de acuerdo con la opinión defendida por el TJUE, es suficiente que una de las personas jurídicas de la entidad económica hubiese vulnerado la normativa de defensa de la competencia de forma culposa o por negligencia para que dicha conducta sea considerada como una conducta llevada a cabo por la entidad económica, que es considerada como sujeto destinatario de las normas de defensa de la competencia. El argumento del TJUE únicamente resultaría válido si se previese que el principio de responsabilidad personal o, dicho en términos más generales, el principio de culpabilidad, se atribuyese, en el ámbito de los ilícitos anticompetitivos, a la entidad económica como tal, lo que no sucede en la práctica.

Como ya se ha mencionado con anterioridad, los destinatarios de los derechos fundamentales previstos en la Carta de la Unión Europea⁷¹, incluyendo el principio de responsabilidad personal, son las personas físicas o jurídicas. La argumentación del TJUE no es aceptable porque vincula el principio de responsabilidad personal a la entidad económica, destacando, desde esta perspectiva, que es suficiente si se cumple con dicho principio en relación con el ente colectivo y no con la empresa individualmente considerada⁷². La doctrina mantenida tanto por la Comisión como por la jurisprudencia comunitaria se fundamenta en una idea de «culpa colectiva», es decir, cuando un determinado sujeto ha de responder por los ilícitos de otro sujeto simplemente porque ambos pertenecen al mismo grupo. Se sustituye la culpa de una persona considerada singularmente por una culpa ficticia del ente colectivo⁷³. El TJUE equipara por tanto una entidad económica a una empresa a efectos de aplicación del Derecho de la competencia, impo-

⁷⁰ Véase, por todas, la Sentencia del TJUE de 20 de enero de 2011, asunto C-90/09 P, caso *General Química y otros c. Comisión europea*, apartado 36, señalando que «cuando una entidad económica de este tipo infringe las normas sobre competencia, le incumbe, conforme al principio de responsabilidad personal, responder por esta infracción» (Sentencia *Akzo Nobel y otros/Comisión*, apdo. 56, y jurisprudencia citada).

⁷¹ El principio de responsabilidad personal se entiende incluido en el apartado 1 del art. 48 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y este precepto se refiere como sujeto activo a «todos los acusados», por lo que cualquier persona, ya sea física o jurídica, que pueda ser titular de un Derecho fundamental posee también una garantía a que dicho derecho le sea respetado.

⁷² Véase en este sentido y criticando la Sentencia del TJUE en *General Química y otros vs Comisión*, A. WINCKLER, «Parent's Liability: New Case Extending the Presumption of Liability of a Parent Company for the Conduct of its Wholly Owned Subsidiary», en *Journal of Competition Law & Practice*, vol. 2, núm. 3, 2011, pp. 231-233, p. 233, afirmando radicalmente que «[...] one can be held liable without being guilty under European competition law».

⁷³ Véase en este sentido S. THOMAS, «Guilty of a Fault that one has not Committed...», *op. cit.*, p. 16, quien señala que a pesar de que el Tribunal General en el caso *Thyssen Krupp Elevators and Escalators* lo define como una forma de «armonizar el principio de responsabilidad personal con la noción de empresa», sigue siendo una teoría de culpa colectiva aplicada a un grupo de personas jurídi-

niendo una sanción a la empresa matriz por pertenecer a la misma unidad económica, aunque realmente no sea un sujeto de Derecho⁷⁴. El problema surge porque sujetos imputables de cara a la normativa sancionadora son realmente las personas físicas o jurídicas, no las entidades económicas.

Por la naturaleza de Derecho fundamental del principio de responsabilidad personal o *nulla poena sine culpa*, es la interpretación de la noción de empresa o entidad económica la que debería de adaptarse a dicho principio y no al revés, como pretende llevarlo a cabo la jurisprudencia comunitaria. De este modo no se generaría un conflicto entre la interpretación de la noción de empresa y dicho principio de responsabilidad personal, tal y como ocurre actualmente con la concepción de unidad económica mantenida desde instancias europeas.

Lo realmente preocupante es que la imposición de la multa a la matriz (por ampliar el concepto de empresa a unidad económica) como consecuencia del comportamiento anticompetitivo de la filial, aparte de contrariar claramente el principio de personalidad de las penas y, por tanto, no tener en cuenta el elemento subjetivo fundamental del procedimiento sancionador, conlleva que se impone una sanción a una empresa como consecuencia del art. 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea teniendo en cuenta la estructura determinada de la que forma parte y no el hecho ilícito en sí.

b) *Presunción de inocencia* (in dubio pro reo)

De acuerdo con lo que ya se ha afirmado con anterioridad, el hecho de que actualmente la empresa matriz responda solidariamente por los ilícitos anticompetitivos que hayan podido ocasionar las filiales significa que los tribunales comunitarios dan por supuesto que la empresa matriz ejerce cierta influencia sobre la filial por el hecho de poseer el 100 por 100 de sus acciones, a pesar de contemplar este requisito como una presunción *iuris tantum*. En consecuencia cabe recordar que en la práctica este régimen opera *iuris et de iure*, puesto que será casi imposible probar lo contrario⁷⁵, con independencia de que la matriz hubiese intentado evitar un ilícito de tales características a través de la implementación de programas de cumplimiento o aun cuando no se observe ninguna conducta culposa ni negligente por

cas. A la empresa matriz se le estaría privando de la titularidad de este Derecho fundamental conocido como *nulla poena sine culpa*.

⁷⁴ En este sentido, véase también F. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «La determinación de la responsabilidad de la sociedad matriz por conductas anticompetitivas realizadas por una filial; ¿de vuelta al buen camino? Comentario de la STJUE de 29 de septiembre de 2011 “Elf-Aquitaine contra Comisión Europea”», en *Revista Deloitte News*, núm. 67, 2012, pp. 41-51, p. 46.

⁷⁵ En relación con la presunción *iuris tantum* véase también, resumiendo la jurisprudencia citada en el anterior apartado, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de julio de 2012, asuntos acumulados C-628/10 P y C-14/11 P, *Alliance One*, apartados 44 y ss. En el apartado 47 el TJUE señala expresamente que «[...] basta con que la Comisión pruebe que la sociedad matriz de una filial posee la totalidad del capital de ésta para que pueda presumirse que aquélla ejerce efectivamente una influencia decisiva en la política comercial de esa filial [...]».

su parte⁷⁶. De acuerdo con la opinión defendida actualmente tanto por la Comisión como por los Tribunales comunitarios, la empresa matriz únicamente podría librarse de la multa impuesta por la Comisión si es capaz de demostrar que entre ella y la filial no existe ningún vínculo estructural, económico ni jurídico, sin ser suficiente demostrar que no tenía conocimiento ni influyó en el comportamiento anticompetitivo de la filial o que la filial obró de forma totalmente independiente a la matriz⁷⁷. Resulta obvio que demostrar la inexistencia de cualquier vínculo estructural, económico o jurídico es imposible en el caso de tratarse de una filial en la que el 100 por 100 (o casi el 100 por 100) de las acciones pertenecen a la matriz. Por tanto, se está vulnerando la presunción de inocencia de la empresa matriz al defender este punto de vista, cuando precisamente el TJUE afirmó la vigencia de este principio en las sanciones derivadas de ilícitos anticompetitivos⁷⁸.

Sin embargo, la Abogada General Kokott afirma, en consonancia con sus Conclusiones Generales en el caso *Alliance One International*⁷⁹, que no se trata de una «presunción de culpa» de la empresa matriz, sino más bien de «confirmar una obviedad»⁸⁰, refiriéndose a que la empresa matriz influye en los comportamientos de la o de las filiales. A efectos prácticos esto conlleva que, en perjuicio de la matriz, se produce un riesgo puramente aleatorio y muy difícilmente controlable, puesto que no pueden conocer a fondo los comportamientos de la filial si no ejercen esa influencia que el TJUE presupone. Este riesgo se materializa en un ilícito anticompetitivo cuando cualquier miembro de cualquier filial de una empresa matriz vulnera la normativa anticompetitiva y únicamente se podría intentar mitigarlo por parte de la matriz a través de los programas de cumplimiento —*compliance*—, siendo la implementación de un programa de estas características, por razones obvias, una forma «limitada» o «incompleta» de prever los factores de riesgo, ya que la puesta en práctica de los programas dependerá de cada uno de los miembros de la empresa, tanto de la matriz como de la filial. De esta manera se estaría incurriendo también en una vulneración del principio de separación de responsabilidades o del hecho de que cada cual responderá por sus propios hechos, además de la presunción de ino-

⁷⁶ Véase M. KLING, «Die Haftung der Konzernmutter für Kartellverstöße ihrer Tochterunternehmen», en *Wettbewerb in Recht und Praxis*, núm. 4, 2010, pp. 506-518, p. 510.

⁷⁷ A diferencia de lo que sucedía en el caso *Stora*, donde se defendía una sanción frente a la empresa matriz cuando ésta había ejercido una influencia dominante en el comportamiento de la filial. De cierto modo e indirectamente, la matriz había también coadyuvado a que tuviese lugar la conducta anticompetitiva.

⁷⁸ Véase Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 8 de julio de 1999, asunto C-199/92 P, caso *Hüls y otros c. Comisión*, apartado 65. Incluso la Abogada General Kokott reconoció en sus Conclusiones presentadas el 19 de julio de 2009, en el asunto C-8/08, caso *T-Mobile Netherlands BY y otros*, apartado 93, la aplicabilidad de la presunción de inocencia en materia de defensa de la competencia.

⁷⁹ Véase Conclusiones de la A. G. Sra. Juliane Kokott presentadas el 12 de enero de 2012 en los asuntos acumulados C-628/10 y C-14/11 P, *Alliance One International Inc. y otros c. Comisión Europea y otros*, especialmente los apartados 170 y 173.

⁸⁰ Véase J. KOKOTT y D. DITERT, «Die Verantwortlichkeit von Muttergesellschaften für Kartellvergehen ihrer Tochtergesellschaften im Lichte der Rechtsprechung der Unionsgerichte», en *Wirtschaft und Wettbewerb*, núm. 7, 2012, pp. 670-683, p. 675.

cencia, resultando esta vulneración difícilmente justificable en el marco de un régimen sancionador que no tiene en cuenta ningún elemento subjetivo y en aras a una supuesta finalidad preventiva de nuevos ilícitos anticompetitivos⁸¹.

No resulta coherente por tanto que la jurisprudencia comunitaria afirme por una parte que la empresa matriz está obligada a garantizar que sus filiales cumplan con la normativa anticompetitiva, cuando por otra parte no se da importancia ni se diferencia, de cara a la determinación de la responsabilidad, entre la situación resultante en la que la matriz ha intentado por todas las posibles vías evitar que las filiales incurran en una vulneración de la normativa anticompetitiva y aquella en la que la empresa matriz no ha hecho nada por evitar la conducta anticompetitiva⁸². De ahí que se haya considerado que esta práctica de la Comisión y la jurisprudencia comunitaria generan incentivos que desembocan en una «prevención disfuncional» en relación con la intención que pueda existir por parte de las empresas matrices por evitar los ilícitos anticompetitivos⁸³. Además, tal y como ha señalado la Comisión en el apartado 4 de sus Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del art. 23, apartado 2, letra a) del Reglamento (CE) núm. 1/2003⁸⁴, la misión de vigilancia del cumplimiento de las normas europeas de defensa de la competencia que el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea confiere a la Comisión no consiste únicamente en instruir y, en su caso, imponer una multa cuando la empresa o asociación de empresas vulnere la normativa anticompetitiva europea deliberadamente o por negligencia, con el fin de que la conducta ilícita cese. Antes bien hay que tener asimismo en cuenta que el otro aspecto incluido en la misión de la Comisión de hacer cumplir el Tratado es precisamente la función disuasoria, es decir, la prevención de los ilícitos anticompetitivos

⁸¹ Véase en este sentido S. GEHRING, B. KASTEN y T. MÄGER, «Unternehmensrisiko Compliance?...», *op. cit.*, p. 4, señalando que una empresa matriz que cumpla con su obligación de implementar dichos programas de cumplimiento en materia anticompetitiva, tanto en la matriz como en la filial o en las filiales, debería de poder evitar una multa.

⁸² Véase el apartado 101 de la Sentencia del Tribunal General de 2 de febrero de 2012, Rs. T-77/08, en el asunto *Dow Chemical c. Comisión Europea*, en el que el tribunal afirma que «*moreover, the Court considers that as a result of the parent company's power of supervision, the parent company has a responsibility to ensure that its subsidiary complies with the competition rules. An undertaking which has the possibility of exercising decisive influence over the business strategy of its subsidiary may therefore be presumed, in the absence of proof to the contrary, to have the possibility of establishing a policy aimed at compliance with competition law and to take all necessary and appropriate measures to supervise the subsidiary's commercial management. Mere failure to do so by the shareholder with a power of supervision over such matters cannot in any event be accepted as a ground on which he can decline his liability. Accordingly, since any gains resulting from illegal activities accrue to the shareholders, it is only fair that those who have the power of supervision should assume liability for the illegal business activities of their subsidiaries.*»

⁸³ Véase S. GEHRING, B. KASTEN y T. MÄGER, «Unternehmensrisiko Compliance?...», *op. cit.*, p. 3.

⁸⁴ Este precepto señala que «mediante decisión, la Comisión podrá imponer multas a las empresas y asociaciones de empresas cuando, de forma deliberada o por negligencia, infrinjan las disposiciones del art. 81 o del art. 82 del Tratado» (actuales arts. 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea). Las Directrices para el cálculo de las multas están disponibles en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2006:210:0002:0005:ES:PDF> (última consulta: 5 de abril de 2013).

mediante orientaciones en este sentido en relación con un cumplimiento por parte de las empresas de la normativa anticompetitiva⁸⁵. Al no tener en cuenta ni la implementación de este tipo de programas de cumplimiento en materia de defensa de la competencia ni, especialmente, el hecho de que una empresa matriz haya podido no influir en la conducta anticompetitiva de su filial a pesar de poseer el 100 por 100 de sus acciones es altamente probable que en la práctica se observe una falta de inversión por parte de las empresas en lo que respecta a medidas de prevención, pudiendo esto llevar a su vez a un mayor número de ilícitos anticompetitivos y, al mismo tiempo, a importantes perjuicios económicos para los afectados por dichos ilícitos (por ejemplo, otros competidores y, en última instancia, los consumidores)⁸⁶.

Teniendo en cuenta lo que se acaba de afirmar en relación con los programas de cumplimiento, no convence el argumento relativo a la necesidad de imputar un ilícito anticompetitivo a la entidad económica en sí como mecanismo para garantizar un nivel de disuasión «óptimo» de cara a futuros comportamientos empresariales contrarios a la libre competencia⁸⁷. El TJUE ha afirmado reiteradamente en *Akzo, General Química* y en *Thyssen Krupp* que no es necesario que la Comisión demuestre que la empresa matriz ha participado en la conducta anticompetitiva de la filial para que resul-

⁸⁵ Véase en este mismo sentido las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 7 de junio de 1983, en el caso *Musique Diffusion française y otros c. Comisión*, asuntos acumulados 100/80 a 103/80, Rec. p. 1825, apartado 105 y la de 28 de junio de 2005, en el caso *Dansk Rørindustri A/S y otros c. Comisión*, asuntos acumulados C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P a C-208/02 y C-213/02 P, Rec. 2005, p. I-5425, apartado 170.

⁸⁶ En relación con la falta de incentivos para que las empresas inviertan en programas de cumplimiento como consecuencia de que la autoridad de competencia no los tenga en cuenta a la hora de imponer una multa o de considerar a la empresa matriz responsable del ilícito anticompetitivo cometido por la filial véase D. SOKOL, «Cartels, Corporate Compliance and What Practitioners Really Think About Enforcement», en *Antitrust Law Journal*, vol. 78, 2012, pp. 201-240, quien afirma en la p. 225 que «[...] practitioners believe that the DOJ treats any compliance program that does not halt all cartel activity as a failed compliance program. The problem with such a policy is that it creates incentive for under-investment in compliance [...]», incidiendo también en que las Directrices estadounidenses relativas a la imposición de multas derivadas de ilícitos anticompetitivos contemplan justo lo contrario, es decir, que una vulneración de la normativa anticompetitiva no es un indicio automático de un programa de cumplimiento insuficiente o ineficaz. Un ejemplo real en este sentido y en relación a los programas de cumplimiento lo muestra un reciente estudio publicado en Estados Unidos por la *Society of Corporate Compliance and Ethics*, que muestra que la mayoría de los que respondieron a la encuesta (un 88%) indicaron claramente que este tipo de programas se vería beneficiado si la autoridad competente los tuviese en cuenta a la hora de decidir sobre las consecuencias jurídicas de las conductas anticompetitivas. Véase un resumen del estudio en <http://www.corporatecompliance.org/Resources/View/smld/940/ArticleID/791.aspx> (última consulta: 6 de abril de 2013). De hecho, teniendo en cuenta la complejidad que supone implementar un programa de tales características resulta difícil comprender la argumentación del Tribunal General. Véase, en relación con la complejidad de dichos programas en materia anticompetitiva, W. HECKENBERGER, «Interne Untersuchungen bei Kartellrechtsverstößen», en K. MOOSMAYER y N. HARTWIG (eds.), *Interne Untersuchungen. Praxisleitfaden für Unternehmen*, Múnich, 2012, pp. 139-156.

⁸⁷ El argumento se apoya en la concepción de que los grupos de empresas económicamente fuertes tienen que hacer frente a multas potencialmente altas, para que así se logre el efecto deseado disuasorio con respecto a las conductas anticompetitivas, por lo que el límite máximo del diez por ciento del volumen de negocios previsto en el art. 23 del Reglamento 1/2003 se ha de poner en relación con la facturación del grupo o de la unidad económica. Véase en este sentido T. ACKERMANN, «Prävention als Paradigma: Zur Verteidigung eines effektiven kartellrechtlichen Sanktionssystems», en *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht*, núm. 4, 2010, pp. 329-352, pp. 343 y ss.

te responsable por dicha conducta⁸⁸. Partiendo de esta base resulta difícil de establecer de qué comportamiento activo u omisivo se pretende disuadir a la empresa matriz. Al contrario, desde el punto de vista de la empresa matriz resultaría incluso una multa de carácter sorpresivo, ya que no depende de su comportamiento, a pesar de que hubiese implementado en el seno del grupo económico⁸⁹.

De ahí que la doctrina de la unidad económica tenga el perverso efecto en este ámbito de que una empresa matriz, que ha vulnerado la normativa anticompetitiva de manera intencionada ha de responder por dicha vulneración de igual manera que una empresa matriz que no ha tenido nada que ver con la conducta anticompetitiva de una filial, que ni siquiera tenía conocimiento de dicha conducta o que incluso ha intentado por todos los medios posibles evitar dicha conducta ilícita⁹⁰. En este último caso faltaría incluso una justificación de la sanción impuesta a la empresa matriz, ya que, en el caso de considerar que tiene una obligación (teniendo precisamente en cuenta la influencia directa que puede ejercitar sobre el comportamiento de la filial) de emplear todos los medios a su alcance para evitar comportamientos anticompetitivos por parte de la filial, no estaría justificado sancionar a la matriz si ha cumplido con todos los deberes relativos a los programas de cumplimiento intragrupo⁹¹. Por definición, las multas derivadas de ilícitos anticompetitivos son una reacción frente a dicha conducta ilícita⁹², lo que es difícilmente concebible en el supuesto de responsabilidad solidaria de la matriz por un comportamiento de la filial cuando este último ha sido un comportamiento autónomo de la filial y por tanto la matriz no tenía conocimiento alguno de las decisiones o actuaciones de la filial que dieron lugar a una infracción de las normas comunitarias de defensa de la competencia.

En este caso no se cumpliría ni la función sancionadora que tienen las multas, ya que realmente la empresa matriz no ha vulnerado ningún precepto comunitario, ni tampoco la función de disuasión, ya que la empresa matriz no puede evitar una conducta que ni sabe en qué va a consistir ya que no depende de ella misma⁹³. Al hilo de este razonamiento resulta útil

⁸⁸ Recordemos, basta con la acreditación de cualquier vínculo estructural, económico o jurídico de acuerdo con la más reciente línea jurisprudencial.

⁸⁹ Es conocida la postura de la Comisión en relación con la no aceptación de los programas de cumplimiento como factores a tener en cuenta a la hora de determinar la multa derivada de un ilícito anticompetitivo. Véase la Decisión de la Comisión de 31 de mayo de 2006 en el caso *Methacrylates* (COMP/F/38.645), apartados 386 y 387, y Decisión de la Comisión de 21 de febrero de 2007 en el caso *PO/Elevators and Escalators* (COMP/E-1/38.823), apartado 688. Véase también la postura reafirmada de la Comisión en 2012, en el folleto denominado «Compliance matters», disponible en http://ec.europa.eu/competition/antitrust/compliance/index_en.html (última consulta: 12 de abril de 2013).

⁹⁰ Este tipo de programas han sido incluso considerados como agravante. Véase Decisión de la Comisión de 14 de octubre de 1998, caso *British Sugar* OJ 1999 L 76/1, apartado 208.

⁹¹ Véase en este mismo sentido E. PIJNACKER HORDIJK y S. J. H. EVANS, «The Akzo Case...», *op. cit.*, p. 128, quienes señalan que «*the problem remains that the economic entity theory constitutes a dubious ground on which to base what in real terms amounts to risk liability for the parent company over all of its subsidiaries in EU competition matters*».

⁹² Véase el art. 23 del Reglamento (CE) 1/2003, de 16 de diciembre de 2002.

⁹³ En relación con los programas de cumplimiento como mecanismos para que la matriz intente evitar un comportamiento anticompetitivo por parte de la filial, véase K. HOFSTETTER y M. LUDS-

mencionar el párrafo 130 del *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten* (OWiG, Ley general alemana sobre ilícitos administrativos), que resulta aplicable en materia de defensa de la competencia y que señala que se impondrá una multa únicamente en el supuesto en que el dueño o equipo directivo de una empresa omite de forma dolosa o por negligencia las acciones de supervisión (incluyendo programas de cumplimiento) necesarias para evitar la concurrencia de un hecho ilícito en el seno de la empresa⁹⁴.

Esto explicaría además por qué en general no se prevé en el Derecho penal ningún ámbito en el que se atribuya la responsabilidad a un sujeto sin que este hubiera participado de alguna manera en la vulneración de la norma⁹⁵. Por tanto, cabe afirmar claramente que la doctrina de la entidad económica entra en conflicto con la presunción de inocencia de la empresa matriz, al presumir el TJUE, entre otros en el citado caso *Akzo*, que una empresa que posee el 100 por 100 del capital social de otra ejerce una influencia decisiva sobre la conducta de su filial y, por tanto, puede ser considerada también responsable del ilícito anticompetitivo de la filial⁹⁶, resultando así, de facto, una aplicación de lo que podría denominarse *in dubio contra reo*.

4. POSIBLE ALTERNATIVA FRENTE A LA POSTURA DE LA COMISIÓN Y LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA: LA DOCTRINA ALEMANA DE SEPARACIÓN DE RESPONSABILIDADES ENTRE LA EMPRESA MATRIZ Y LA FILIAL

El Tribunal Constitucional alemán declaró ya tempranamente, en una Sentencia del año 1966, que la doctrina de la unidad económica no era admisible para imponer multas a las empresas como consecuencia de ilícitos anticompetitivos, destacando por tanto la importancia de la aplicación del principio *nulla poena sine culpa* en este ámbito⁹⁷. El Tribunal Constitucional alemán afirmó claramente que se vulneraba el principio de personalidad de las sanciones si se atribuía la responsabilidad por haber vulnerado un precepto del Derecho de la competencia a una empresa distinta a la que real-

CHER, «Fines against Parent Companies in EU Antitrust Law. Setting Incentives for Best Practice Compliance», en *World Competition*, vol. 33, núm. 1, 2010, pp. 55-74, p. 64.

⁹⁴ § 130 *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*: «(1) Wer als Inhaber eines Betriebes oder Unternehmens vorsätzlich oder fahrlässig die Aufsichtsmaßnahmen unterläßt, die erforderlich sind, um in dem Betrieb oder Unternehmen Zuwiderhandlungen gegen Pflichten zu verhindern, die den Inhaber treffen und deren Verletzung mit Strafe oder Geldbuße bedroht ist, handelt ordnungswidrig, wenn eine solche Zuwiderhandlung begangen wird, die durch gehörige Aufsicht verhindert oder wesentlich erschwert worden wäre. Zu den erforderlichen Aufsichtsmaßnahmen gehören auch die Bestellung, sorgfältige Auswahl und Überwachung von Aufsichtspersonen [...]».

⁹⁵ Véase en este mismo sentido S. THOMAS, «Guilty of a Fault that one has not Committed...», *op. cit.*, p. 17.

⁹⁶ De esta manera la Comisión, a la hora de imponer una multa por la infracción anticompetitiva, no ha de probar que realmente la matriz tiene la posibilidad de influir en la conducta de la filial y que realmente se ha observado dicha influencia decisiva sobre el comportamiento de la filial y la matriz no puede probar el carácter autónomo que ha tenido la conducta de su filial en la práctica.

⁹⁷ Véase Sentencia del *Bundesverfassungsgericht* de 25 de octubre de 1966, caso 2 BvR 506/63, BVerfGE 20, 323.

mente había llevado a cabo el comportamiento anticompetitivo. De acuerdo con el razonamiento del Tribunal Constitucional alemán, en caso contrario se estaría privando a la empresa matriz del derecho fundamental *nulla poena sine culpa*, es decir, de su derecho a recibir únicamente una sanción como consecuencia de un ilícito anticompetitivo si se logra probar una participación culposa de dicha empresa en el comportamiento anticompetitivo.

Esta misma idea, ya expuesta por el Tribunal Constitucional alemán en la década de los sesenta, es a la que hemos llegado en el apartado anterior de este trabajo. A continuación se va a explicar además el régimen vigente actualmente en Alemania, que acertadamente lleva a excluir la responsabilidad de las matrices en relación con las multas que se puedan derivar de ilícitos anticompetitivos de sus filiales e, incluso, en relación con la responsabilidad civil que pueda surgir de las conductas anticompetitivas de las filiales, siempre que, en ambos supuestos, los órganos decisorios de la empresa matriz no hubiesen participado en la conducta infractora ni hubiesen vulnerado su deber de vigilancia.

Las multas que pueda imponer la autoridad de competencia alemana (*Bundeskartellamt*) como consecuencia de un ilícito anticompetitivo se rigen por la normativa vigente en materia genérica de ilícitos anticompetitivos (*OWiG*)⁹⁸, de acuerdo con la que se respetará el principio de culpabilidad o de personalidad de las sanciones⁹⁹. Para respetar dicho principio de culpabilidad se tendrá que valorar si el equipo directivo u órgano representativo de la empresa en cuestión ha actuado de forma culposa o negligente y en nombre de dicha empresa, de acuerdo con lo previsto en el art. 30 *OWiG*¹⁰⁰. Para que el ilícito anticompetitivo pueda ser imputado a la empresa matriz, los miembros (personal directivo o representativo) de dicha empresa matriz han tenido que haber participado en dicha conducta anticompetitiva o bien no cumplir con su deber de supervisión de la licitud de las conductas de la filial, en virtud del art. 130 *OWiG*¹⁰¹.

Además, con la Séptima Reforma de la Ley de defensa de la competencia alemana (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, GWB*) de 2005 se

⁹⁸ Véase *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten (OWiG)*, de 24 de mayo de 1968 (última reforma de 29 de julio de 2009).

⁹⁹ Aparte de la Sentencia citada de 1966, el Tribunal Constitucional alemán volvió a confirmar en la Sentencia de 25 de octubre de 2005, caso *Bertelsmann-Liesebrink*, BVerfGE 20, 323, que dicho principio de culpabilidad en relación con las sanciones posee una naturaleza constitucional.

¹⁰⁰ En relación con la posibilidad de atribuir a una persona jurídica la responsabilidad como consecuencia del hecho ilícito de una persona que represente la empresa véase H. ACHENBACH, «Die Kappungsgrenze und die Folgen- Zweifelsfragen des § 81 Abs. 4 GWB», en *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht*, núm. 1, 2009, pp. 3-25, pp. 9 y ss.

¹⁰¹ Véase en este sentido C. BÜRGER, «Die Haftung der Konzernmutter für Kartellrechtsverstöße ihrer Tochter nach deutschem Recht», en *Wirtschaft und Wettbewerb*, núm. 2, 2011, pp. 130-140, pp. 133 y ss. Una descripción concreta de los ilícitos anticompetitivos se prevé en el § 81, apartados 1 a 3, que, a pesar de prever como sujetos activos a las empresas, se entiende que, al prever el requisito subjetivo de la culpabilidad para poder sancionar como consecuencia de dicho ilícito, serán las personas físicas que representen a la empresa quienes actuarán vulnerando la normativa anticompetitiva. A estas personas que formen parte del equipo directivo de la empresa se les otorga una denominada «propiedad corporativa», en el § 9 *OWiG*, pudiéndose atribuir en consecuencia el hecho ilícito anticompetitivo a la empresa en sí en virtud del § 30 *OWiG*.

introdujo en el § 81.4, segunda frase, un precepto que señala que el límite del importe de las multas a imponer como consecuencia del ilícito anti-competitivo será el 10 por 100 del volumen de negocios total en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa. Este precepto ha de ser interpretado como una norma que determina el límite máximo para el cálculo de las multas, y no como una atribución de la responsabilidad a la matriz¹⁰². Por tanto, en relación con una posible atribución de responsabilidad a la matriz hay que tener en cuenta la normativa explicada en relación con los ilícitos administrativos, de acuerdo con la que la empresa matriz no responde por los ilícitos anticompetitivos de su filial, salvo en los supuestos en los que algún miembro de la matriz hubiese participado en la conducta ilícita o cuando la matriz no hubiera cumplido con sus obligaciones de supervisión. Resultará por tanto esencial en la práctica diferenciar entre la legitimación pasiva para poder ser sancionado con una multa como consecuencia de una vulneración de la normativa anticompetitiva y el volumen global de negocios que ha de contemplarse de cara al cálculo de la multa.

En conclusión cabe afirmar, de acuerdo con la normativa alemana vigente, que el *Bundeskartellamt* únicamente podrá imponer una multa a una empresa¹⁰³ si un miembro del equipo directivo de la misma hubiese vulnerado la normativa de defensa de la competencia¹⁰⁴. Se excluye por tanto la posibilidad de imponer una multa a la empresa matriz en el caso de que los miembros de la filial hubiesen llevado a cabo la conducta ilícita. La empresa matriz y la filial responderán separadamente por sus propios comportamientos ilícitos y no de forma solidaria, como se deriva de las Decisiones de la Comisión y de la jurisprudencia última de los tribunales comunitarios.

5. CONCLUSIÓN

El análisis de la jurisprudencia actual del Tribunal General y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, así como de la política que aplica la Comisión actualmente en relación con las multas derivadas de ilícitos anti-competitivos muestra que esta actual doctrina europea está en conflicto con los principios de responsabilidad personal de las sanciones (*nulla poena sine culpa*) y con el principio de presunción de inocencia (*in dubio pro reo*).

¹⁰² Véase en relación con las directrices de cálculo de las multas en el Derecho de la Competencia alemán A. MUNDT, «Die Bußgeldleitlinien des Bundeskartellamtes», en *Wirtschaft und Wettbewerb*, núm. 5, 2007, pp. 458-470. En relación a la exclusión de la responsabilidad automática de la matriz por los ilícitos anticompetitivos de la filial en virtud del § 81.4 GWB véase E. WAGNER, «Die Übernahme der europäischen 10%-Regel für Geldbußen bei Kartellverstößen schafft einen verfassungsrechtlich fremdwürdigen Fremdkörper im deutschen Recht», en *Europäisches Wirtschafts- und Strafrecht*, 2006, pp. 251-257, pp. 255 y ss., y también G. DANNEKER y J. BIERMANN: «§ 81», en U. IMMENGA y E.-J. MESTMÄCKER, *Wettbewerbsrecht, GWB. Kommentar zum Deutschen Kartellrecht*, Múnich, 2007, pp. 1987-2159, pp. 2022 y ss.

¹⁰³ Lo mismo resulta aplicable en el supuesto de una asociación de empresas.

¹⁰⁴ Véase en este sentido C. BÜRGER, «Die Haftung der Konzernmutter für Kartellrechtsverstöße ihrer Tochter nach deutschem Recht...», *op. cit.*, pp. 135 y ss.

La solución ideal debería de consistir en la imposición de multas separadas, frente a la empresa matriz y a la filial en su caso, siempre y cuando ambas hubiesen vulnerado la normativa de defensa de la competencia, y cada una de las multas calculada en función de la verdadera responsabilidad que hubiese tenido la empresa infractora en cuestión y de acuerdo con su volumen de ingresos individualmente considerado. Los principios citados han de ser respetados como Derechos fundamentales también con respecto a la imposición de multas derivadas de ilícitos anticompetitivos, teniendo en cuenta que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado la naturaleza jurídico-penal de dichas sanciones.

6. BIBLIOGRAFÍA

- ACHENBACH, H., «Die Kappungsgrenze und die Folgen. Zweifelsfragen des § 81 Abs. 4 GWB», en *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht*, núm. 1, 2009, pp. 3-25.
- ACKERMANN, T., «Prävention als Paradigma: Zur Verteidigung eines effektiven kartellrechtlichen Sanktionssystems», en *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht*, núm. 4, 2010, pp. 329-352.
- ALFARO ÁGUILA-REAL, J., «La sentencia del TEDH sobre la revisión judicial de las sanciones en Derecho de la competencia: una ocasión para la próxima gran reforma del Derecho europeo», disponible en <http://derechomercantilespana.blogspot.de/2011/10/la-sentencia-del-tedh-sobre-la-revision.html>.
- ALFARO ÁGUILA-REAL, J., y LIÑÁN, P., «Crítica a la jurisprudencia europea sobre imputación a la sociedad matriz de las infracciones de competencia cometidas por sus filiales», en *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 43, 2012, pp. 229-250.
- BÜRGER, C., «Die Haftung der Konzernmutter für Kartellrechtsverstöße ihrer Tochter nach deutschem Recht», en *Wirtschaft und Wettbewerb*, núm. 2, 2011, pp. 130-140.
- CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALTE, C., «La corresponsabilidad de la matriz por infracción de la filial en el Derecho de la competencia. Un análisis de la última jurisprudencia del TJUE», Ponencia presentada en el *I Congreso Internacional UAM de Derecho de la Unión Europea*, Universidad Autónoma de Madrid, 14 y 15 de julio de 2011, p. 20.
- DANNEKER, G., y BIERMANN, J., «§ 81», en IMMENGA, U., y MESTMÄCKER, E.-J., *Wettbewerbsrecht, GWB. Kommentar zum Deutschen Kartellrecht*, Múnich, 2007, pp. 1987-2159, pp. 2022 y ss.
- GEHRING, S.; KASTEN, B., y MÄGER, T.: «Unternehmensrisiko Compliance? Fehlanreize für Kartellprävention durch EU-wettbewerbsrechtliche Haftungsprinzipien für Konzerngesellschaften», en *Corporate Compliance Zeitschrift. Zeitschrift zur Haftungsvermeidung im Unternehmen*, núm. 1, 2013, pp. 1-40.
- GÓMEZ MONTORO, A. J., «La titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas (análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español)», en *Cuestiones constitucionales: Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 2, 2000, pp. 23-71.
- HECKENBERGER, W., «Interne Untersuchungen bei Kartellrechtsverstößen», en MOOSMAYER, K., y HARTWIG, N. (eds.), *Interne Untersuchungen. Praxisleitfaden für Unternehmen*, Múnich, 2012, pp. 139-156.
- HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, F., «La determinación de la responsabilidad de la sociedad matriz por conductas anticompetitivas realizadas por una filial; ¿de vuelta

- al buen camino? Comentario de la STJUE de 29 de septiembre de 2011, “Elf-Aquitaine contra Comisión Europea”, *Revista Deloitte News*, núm. 67, 2012, pp. 41-51.
- HOFSTETTER, K., y LUDESCHER, M., «Fines against Parent Companies in EU Antitrust Law. Setting Incentives for Best Practice Compliance», en *World Competition*, vol. 33, núm. 1, 2010, pp. 55-74.
- HUMMER, C., «Alliance One: General Court overturned parental liability of a pure financial holding company», en *Journal of European Competition Law & Practice*, 2011, vol. 2 (1), pp. 126 y ss.
- KERSTING, C., «Liability for Competition Law Infringements in a Group of Companies (Wettbewerbsrechtliche Haftung im Konzern)», en *Der Konzern*, 14 de julio de 2011, pp. 1-29.
- KLING, M.: «Die Haftung der Konzernmutter für Kartellverstöße ihrer Tochterunternehmen», en *Wettbewerb in Recht und Praxis*, núm. 4, 2010, pp. 506-518.
- KOKOTT, J., y DITERT, D., «Die Verantwortlichkeit von Muttergesellschaften für Kartellvergehen ihrer Tochtergesellschaften im Lichte der Rechtsprechung der Unionsgerichte», en *Wirtschaft und Wettbewerb*, núm. 7, 2012, pp. 670-683.
- MUNDT, A., «Die Bußgeldleitlinien des Bundeskartellamtes», en *Wirtschaft und Wettbewerb*, núm. 5, 2007, pp. 458-470.
- PIJNACKER HORDIJK, E. H., y EVANS, S. J. H., «The Akzo Case: Up a Corporate Tree for Parental Liability for Competition Law Infringements. Case C-97/08 P, *Akzo Nobel and Others v Commission*», en *Journal of Competition Law & Practice*, vol. 1, núm. 2, 2010, pp. 126-129.
- RUIZ PERIS, J. I., *La responsabilidad de la dominante en el Derecho de defensa de la competencia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.
- SALVADOR CODERCH, P., et al., «Respondeat Superior I» y «Respondeat Superior II. De la Responsabilidad por hecho de otro a la responsabilidad de la organización», en *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, núms. 2 y 3, 2002, disponible en www.indret.com.
- SOKOL, D., «Cartels, Corporate Compliance and What Practitioners Really Think About Enforcement», en *Antitrust Law Journal*, vol. 78, 2012, pp. 201-240.
- SVETLICINII, A., «Who is to blame? Liability of “Economic Units” for infringements of EU Competition Law», en *European Law Reporter*, 2011, vol. 2 (2), pp. 52 y ss.
- TIERNO CENTELLA, M.; PINO, M., y KLOUB, J., «Cartel fined in the gas insulated switchgear sector», en *Competition Policy Newsletter*, 2007-2, pp. 43 y ss.
- THOMAS, S., «Der Schutz des Wettbewerbs in Europa- welcher Zweck heiligt die Mittel?», en *Juristenzeitung*, 2011, pp. 485-495.
- «Guilty of a Fault that one has not Committed. The Limits of the Group-Based Sanction Policy Carried out by the Commission and the European Courts in EU-Antitrust Law», en *Journal of Competition Law & Practice*, vol. 3, núm. 1, 2012, pp. 11-28.
- VIDAL MARÍN, T., «Derecho al honor, personas jurídicas y Tribunal Constitucional», en *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, núm. 1, 2007, pp. 1-18.
- WAGNER, E., «Die Übernahme der europäischen 10%-Regel für Geldbußen bei Kartellverstößen schafft einen verfassungsrechtlich fremdwürdigen Fremdkörper im deutschen Recht», en *Europäisches Wirtschafts- und Strafrecht*, 2006, pp. 251-257, pp. 255 y ss.
- WAHL, N., «Parent Company Liability. A Question of Facts or Presumption?» (June 7, 2012), en *19th St. Gallen International Competition Law Forum ICF - June 7th and 8th 2012*. Disponible en el repositorio de SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2206323>.

- WINCKLER, A., «Fines: New Case extending Company Liability in the name of the “Economic Unit” concept and reversing prior case law on Admissible Arguments», en *Journal of European Competition Law & Practice*, 2011, vol. 2 (1), pp. 34 y ss.
- «Parent’s Liability: New Case Extending the Presumption of Liability of a Parent Company for the Conduct of its Wholly Owned Subsidiary», en *Journal of Competition Law & Practice*, vol. 2, núm. 3, 2011, pp. 231-233.

LA ACTIVIDAD DE LOS PRODUCTORES Y LA RESPONSABILIDAD DE LOS PRODUCTORES
 MAYORISTAS DE PRODUCTOS ALIMENTICIOS
 Y LA JUSTIFICACIÓN DE LAS RESERVAS
 ADMINISTRATIVAS DE ACTIVIDAD

Dr. D. Fernando C. Rodríguez Domínguez
 Profesor titular de Derecho Administrativo y Director del ICA
 Universidad de Sevilla
 Avda. Reina Mercedes s/n
 41013 Sevilla, España
 E-mail: fernando.rod@uca.es

RESUMEN

El presente artículo analiza la actividad de los productores y la responsabilidad de los productores mayoristas de productos alimenticios, así como la justificación de las reservas administrativas de actividad.

Palabras clave: Responsabilidad de los productores, reservas administrativas de actividad.

Abstract: This article analyzes the activity of producers and the liability of wholesale producers of food products, as well as the justification of administrative reserves of activity.

Keywords: Liability of producers, administrative reserves of activity.

1. Introducción

2. Responsabilidad de los productores

LA ACTIVIDAD DE LOS MERCADOS CENTRALES MAYORISTAS DE PRODUCTOS PERECEDEROS Y LA JUSTIFICACIÓN DE LAS RESERVAS MUNICIPALES DE ACTIVIDAD *

Juan Manuel CONTRERAS DELGADO DE COS
Subdirector Adjunto de la Subdirección de ayudas públicas
e informes de proyectos normativos de la CNMC

Yara SUÁREZ BARRIENTOS
Subdirectora del Sector Postal de la CNMC

1. INTRODUCCIÓN

*La Constitución Española, a pesar de garantizar la autonomía municipal, no contiene referencias explícitas a las competencias locales, municipales o provinciales*¹. Ha tenido que ser la legislación ordinaria, fundamentalmente la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local (LBRL en adelante) la que diseñó un modelo competencial local², diferenciando entre *competencias propias, atribuidas e impropias*.

Si bien las *competencias propias* solo pueden ser determinadas por Ley, de acuerdo con el art. 7 de la LBRL³, las *competencias atribuidas* se ejer-

* Las opiniones expresadas en este artículo son de la exclusiva responsabilidad de sus autores, sin que puedan ser atribuidas por tanto a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC).

¹ A diferencia de lo que sucede con los listados competenciales contenidos en los arts. 148 y 149 (C. 78) en relación con la distribución territorial del poder entre el Estado y las Comunidades Autónomas, el art. 140 precisa que: «La Constitución garantiza la autonomía de los municipios. Estos gozarán de personalidad jurídica plena. Su gobierno y administración corresponde a sus respectivos Ayuntamientos, integrados por los Alcaldes y los Concejales. Los Concejales serán elegidos por los vecinos del municipio mediante sufragio universal, igual, libre, directo y secreto, en la forma establecida por la ley. Los Alcaldes serán elegidos por los Concejales o por los vecinos. La ley regulará las condiciones en las que proceda el régimen del concejo abierto».

² Se regula fundamentalmente en los arts. 7, 25 y 36 de la *Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local*.

³ Art. 7 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local (LBRL en adelante): «1. Las competencias de las entidades locales *son propias o atribuidas por delegación*. Las competencias propias de los Municipios, las Provincias, las Islas y demás Entidades locales territoriales sólo podrán ser determinadas por Ley. 2. Las competencias propias se ejercen en régimen de autonomía y bajo la propia responsabilidad, atendiendo siempre a la debida coordinación en su

cen en los términos de la delegación, que puede incluir técnicas de dirección y de control de oportunidad, y que, en cualquier caso, debe respetar la potestad de autoorganización de los servicios de la entidad local. Por su parte, las *competencias impropias son las* que, estando atribuidas a la Administración autonómica o estatal, en algunos casos son asumidas o complementadas por los Ayuntamientos atendiendo a situaciones de especial necesidad por ser la Administración más próxima al ciudadano.

Este modelo competencial ha provocado ciertos problemas, como situaciones de concurrencia competencial entre varias Administraciones Públicas y de disminución de recursos de las Haciendas locales. Para intentar corregirlas, además del Anteproyecto de Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local (el APL) del que después hablaremos, recientemente se han producido dos relevantes actuaciones normativas muy vinculadas con el ámbito financiero: por un lado, la reforma del art. 135 de la Constitución de 1978, que introdujo una regla fiscal que limita el déficit público de carácter estructural en España y restringe la deuda pública al valor de referencia del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE); por otro, el desarrollo normativo por Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, de tres principios rectores de la actuación económico financiera de todas las Administraciones Públicas españolas: el principio de estabilidad presupuestaria⁴, el principio de sostenibilidad financiera⁵ y el principio de eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos⁶. A partir de lo anterior, se ha iniciado un proceso de reestructuración del sector público local⁷ que ha afectado tanto a la sostenibilidad de las finanzas públicas como a la dimensión del sector público.

Por su parte, la extinta Comisión Nacional de la Competencia (CNC)⁸ vino prestando especial interés a la regulación de las funciones atribuidas a los entes locales y su incidencia en términos de afectación a la competencia efectiva. Como resultado de dicho interés, ha publicado dos informes en el año 2013: el primero, de 9 de enero de 2013, en el que se cuestiona la

programación y ejecución con las demás Administraciones públicas. 3. Las competencias atribuidas se ejercen en los términos de la delegación, que puede prever técnicas de dirección y control de oportunidad que, en todo caso, habrán de respetar la potestad de autoorganización de los servicios de la Entidad local».

⁴ Se define como la situación de equilibrio o superávit estructural de las Administraciones Públicas.

⁵ Delimita la capacidad para financiar compromisos de gasto presentes y futuros de las Administraciones Públicas. Con ello se pretende reforzar la estabilidad, no solo en un momento coyuntural, sino con carácter permanente.

⁶ En función del mismo, la elaboración y aprobación de las disposiciones legales y reglamentarias, los actos administrativos, los contratos y los convenios de colaboración, así como cualquier otra actuación que afecte a los gastos o ingresos públicos presentes o futuros, deberá valorar sus repercusiones y efectos, y supeditarse de forma estricta al cumplimiento de las exigencias de los principios anteriores

⁷ Acuerdos entre el Gobierno de la Nación y las entidades locales de 7 de abril de 2010 y de 25 de enero de 2012.

⁸ Como es bien sabido, la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) ha sustituido a la CNC en sus funciones.

reserva de una de las actividades que tradicionalmente ha sido de titularidad municipal, *Informe sobre la competencia en el servicio de mercados centrales mayoristas de abastecimiento de productos alimentarios perecederos en destino* (en adelante, el *Informe Mercas*⁹); otro, de carácter más general, de 13 de marzo de 2013, referido al nuevo texto legal presentado por el gobierno, el *Informe de Proyecto Normativo de 13 de marzo de 2013 sobre el Anteproyecto de Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local* (en adelante, el *IPN 88/13*¹⁰ sobre el *APLRSAL*).

Partiendo de estas fuentes, a lo largo de este artículo se expondrá la visión que, desde el punto de vista de la promoción de la competencia, merecen los cambios que se plantean actualmente en cuanto a la reestructuración del sector local y la pervivencia de reservas municipales de actividad. A continuación, se analizarán en detalle las implicaciones para la competencia efectiva de la regulación actual de una de las funciones tradicionalmente más representativas de los Ayuntamientos, la relativa a los mercados centrales mayoristas de abastecimiento de productos alimentarios perecederos en destino, señalizando una serie de recomendaciones de cara a su posible reforma.

2. EL ACTUAL PROCESO DE REFORMA DEL SECTOR PÚBLICO LOCAL

A. EL ANTEPROYECTO DE LEY DE RACIONALIZACIÓN Y SOSTENIBILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN LOCAL

El Anteproyecto de Ley¹¹ (APL) que fue remitido para informe de la CNC en febrero de 2013 era un texto que presentaba un *contenido heterogéneo*: por un lado, contenía importantes modificaciones de la LBRL (art. 1); por otro, modificaba puntualmente el Real Decreto Legislativo 2/2004 de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (art. 2).

Pero además, se modificaban diversas leyes, entre las que cabe citar la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público; la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; el Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen

⁹ Disponible en la página web de la CNMC (www.cnmc.es).

¹⁰ Disponible en la página web de la CNMC (www.cnmc.es).

¹¹ Esta versión del texto ha ido posteriormente sufriendo variaciones, como consecuencia del proceso de elaboración normativo dentro de los propios departamentos ministeriales y también por las enmiendas que en su momento pudieron producirse en relación con el proyecto de ley presentado en las Cortes. Salvo referencia expresa en contrario, las observaciones que se puedan recoger en este artículo se refieren al contenido de dicho texto inicial. En el momento de elaboración de este artículo, el texto se encuentra en las Cortes, http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-58-1.PDF, *Boletín Oficial de las Cortes Generales* (6/09/2013).

Local (en adelante, TR) y, por último, la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.

Para centrar el análisis en el tema del artículo, según se manifestaba en el APL se perseguían los siguientes *objetivos*:

- a) *Clarificar las competencias municipales evitando duplicidades.* Se pretendía corregir la actual indeterminación de la responsabilidad de los gobiernos locales en el ejercicio de las denominadas *competencias impropias*. El APL planteaba como solución que las entidades locales sólo pudieran prestar servicios no obligatorios o impropios cuando esté garantizada la prestación de los obligatorios.
- b) *Racionalizar su estructura organizativa.* Se reforzaban las competencias de las Diputaciones provinciales, en especial con respecto a los municipios inferiores a 20.000 habitantes. Para las entidades locales saneadas se establecían limitaciones al ejercicio de la iniciativa pública de la actividad económica. Además, se limitaba la creación de entes instrumentales para las entidades locales sujetas a un plan económico-financiero o a un plan de ajuste a aprobar a más tardar el 31 de diciembre de 2013.

En el régimen de las competencias delegadas se introducían dos novedades. Por una parte, sólo se podrán delegar competencias cuando se mejore la eficiencia de la gestión pública, se contribuya a eliminar duplicidades y sea conforme con la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera. Por otra parte, se vincula la delegación de competencias con la necesaria financiación de la actividad o servicio que se delega. De forma análoga, el APL vincula a la sostenibilidad y eficiencia la elección por las entidades locales de la gestión directa o indirecta de los servicios públicos.

- c) *Garantizar un control financiero-presupuestario más riguroso y transparente.* Se incluyen entre los principios que orientan al legislador sectorial, estatal o autonómico, los ya mencionados de estabilidad presupuestaria, equilibrio y sostenibilidad financiera. Como novedad, las leyes sectoriales, incluidas las autonómicas, que determinen las competencias propias municipales deben ir acompañadas de una memoria económica. Esta memoria debe reflejar el impacto financiero sobre las Administraciones Públicas afectadas y el cumplimiento del principio de sostenibilidad financiera del servicio o actividad de que se trate. Asimismo, para evitar duplicidades, la ley básica local ordena que dichas leyes establezcan con precisión el servicio o actividad a atribuir como competencia municipal.

Además, mediante Real Decreto, se establecerá el *coste estándar*¹² de los servicios prestados por los entes locales, la periodicidad y el procedimiento en que deberán ser evaluados y las condiciones en que se publicitarán su coste y eficiencia. Asimismo, se precisa que

¹² En la versión del Proyecto de Ley que ha sido publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, se han eliminado todas las referencias que se realizaban al coste estándar, permaneciendo en cambio todas las exigencias relativas a la determinación del coste efectivo de los servicios.

las evaluaciones de los costes de los servicios contempladas en el APL deberán expresar su coste real y efectivo. Este coste se comparará con el coste estándar de los servicios con independencia de la forma, proporción y cuantía en que finalmente sean financiados.

- d) *Favorecer la iniciativa económica privada.* Se limita el uso de regímenes de autorización o licencia para ejercer una actividad económica a casos en que su necesidad y proporcionalidad queden claramente justificadas por motivos de protección del medio ambiente o del patrimonio histórico-artístico, de seguridad o salud públicas, o que impliquen el uso privativo y ocupación de los bienes de dominio público.

Además, se elimina la reserva legal de actividad para las entidades locales en suministro de calefacción y de mataderos, mercados y lonjas centrales, manteniéndose, en cambio, para el abastecimiento domiciliario y depuración de aguas; recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos, y transporte público de viajeros, de conformidad con lo previsto en la legislación sectorial aplicable. Por otro lado, se somete a informe de la autoridad de competencia correspondiente la ejecución efectiva en régimen de monopolio de las actividades reservadas a las entidades locales.

B. EL IPN 88/13 DE LA CNC SOBRE EL APL DE RACIONALIZACIÓN Y SOSTENIBILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN LOCAL

En líneas generales, el IPN 88/13 *valoraba positivamente determinadas medidas* incluidas en el APL, entre las que se encontraban la limitación impuesta a la creación de nuevos entes instrumentales, las medidas para evitar la generalización de actividades económicas por parte de éstos, la eliminación de licencias o autorizaciones en aquellos casos no justificados y sobre todo, la eliminación de ciertas reservas legales¹³ de actividad para los entes locales.

No obstante, el informe también ponía de manifiesto de forma palmaria la existencia de ciertos *aspectos en los que consideraba necesario profundizar*: la justificación de la reserva legal de actividad para ciertas actividades, la apertura al mercado en la provisión efectiva de los servicios de titularidad local, la competencia en el acceso a la prestación del servicio, los procedimientos utilizados en las privatizaciones parciales o totales de empresas públicas encargadas de prestar servicios públicos locales, el ejercicio de la iniciativa económica pública en concurrencia con prestadores privados, la deseable excepcionalidad de la figura de los convenios, el reforzamiento del análisis del impacto competitivo¹⁴ en las decisiones de las

¹³ En concreto, el suministro de calefacción y, en línea con lo recomendado por el reciente Informe de la CNC sobre competencia en el servicio de mercas, los mataderos, mercados y lonjas centrales.

¹⁴ El nuevo art. 86.1 LBRL permite considerar, en particular, el impacto de la medida sobre la neutralidad competitiva y las posibles ventajas o desventajas derivadas de la propiedad pública del

entidades locales y, por último, la sustitución de las referencias al coste estándar por la necesidad de que los servicios prestados por las entidades locales se realicen en mayor competencia.

Por su relación con el objeto de este artículo, desarrollaremos brevemente las observaciones relativas a la *justificación de la reserva legal de actividad* y las implicaciones que cabe vislumbrar del ejercicio de la *iniciativa pública económica en concurrencia con otros prestadores privados*.

a) *La reserva legal de actividad: implicaciones para la competencia*

El art. 128.2 de la Constitución Española «reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante Ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general».

Así, a diferencia de la actividad económica simple, es decir la participación de la Administración en la actividad económica como un sujeto más, *la reserva de servicios esenciales* al sector público sí requiere la existencia de una norma de rango legal que prevea tal reserva, lo que implica que las Corporaciones Locales, que no son titulares de la potestad legislativa, no pueden prestar un servicio en régimen de monopolio si no existe dicha reserva previa por una Ley.

Las entidades locales, mediante expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la medida, podrán ejercer la iniciativa pública para el ejercicio de actividades económicas. Una forma especialmente intensa de ejercer dicha iniciativa supone el que se levanten barreras legales de entrada a terceros operadores, de forma que se constituya en una reserva legal de actividad.

En nuestro Derecho, la reserva de actividad supone una prohibición a los operadores privados de ser titulares de empresas en el sector sobre el cual opera la reserva. Es decir, la reserva legal de servicios esenciales afecta a la titularidad y no a su ejercicio, de forma que la utilización o explotación del recurso se puede confiar a otros sujetos jurídicos de acuerdo con las distintas modalidades de gestión previstas en la normativa¹⁵.

operador económico en cuestión. Sin embargo, la mención del art. 86.1 LBRL es la única referencia en el APL a la valoración previa del impacto sobre la competencia de la actividad a emprender por la entidad local. La CNC considera que existen otras decisiones públicas, consecuencia del ejercicio de potestades contempladas en la LBRL, que resultan susceptibles de afectar igualmente a la dinámica competitiva de determinados mercados y por tanto deberían valorarse previamente de la misma manera. En consecuencia, se propone realizar cambios en lo referente a realizar una mención expresa de principios tales como el de salvaguarda de la libre competencia y el de garantía de unidad de mercado y además, realizar un análisis de mercado en muy variados supuestos, como por ejemplo, la elección de las formas de gestión más eficientes, las reservas legales de actividad y las medidas de racionalización del sector público local.

¹⁵ Así lo explicitan el art. 95 del Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local («Los servicios públicos locales, incluso los ejercidos en virtud de la iniciativa pública prevista en el artículo 86 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, *podrán ser gestionados directa*

Haciendo uso de esta posibilidad, el art. 86.3 de la LBRL precisa que se declara la reserva en favor de las entidades locales de las siguientes actividades o servicios esenciales: «abastecimiento y depuración de aguas; recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos; suministro de calefacción; *mercados* y lonjas *centrales*; transporte público de viajeros»¹⁶. Además, se precisa que el Estado y las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, podrán establecer, mediante Ley, idéntica reserva para otras actividades y servicios.

Desde la óptica de competencia, más allá de que en determinados supuestos sea oportuno cuestionar la titularidad pública o privada de dichos servicios, se enfatiza especialmente que *la reserva de los mismos a favor de las entidades locales debe ser compatible, en la mayor medida posible, con el fomento de la competencia efectiva*. Esto, básicamente, significaría dos cosas:

Por un lado, que sería *recomendable que se estableciera en la normativa la obligación de valorar periódicamente, atendiendo a los principios de necesidad, proporcionalidad y mínima restricción, la conveniencia de mantener dicha reserva legal*. Y en caso de que dicha autoevaluación planteara discrepancias o demostrara abiertamente que el mantenimiento de la reserva no se justifica, la regulación debería permitir que el ente local, en pleno ejercicio de sus competencias, optara por levantar dicha barrera y permitir el juego de otros operadores¹⁷.

Por otro lado, que *el hecho de que exista dicha reserva legal no implica que obligatoriamente deba gestionarse de forma directa por el ente local*, ya con sus propios servicios centrales o con entidades o empresas públicas adscritas al mismo. Al contrario, desde el punto de vista de competencia, la CNC estima que el APL debería establecer la obligación de analizar *ex ante* determinados elementos que señalizan la posibilidad de introducir competencia efectiva. Por ejemplo, la existencia de un número suficiente de

o indirectamente. Sin embargo, los servicios que impliquen ejercicio de autoridad sólo podrán ser ejercitados por gestión directa») y el art. 13 del Real Decreto 1882/1978 de 26 de julio, sobre canales de comercialización de productos agropecuarios y pesqueros para la alimentación («Los mercados mayoristas a los que se aplican las normas establecidas en el presente real decreto de acuerdo con el artículo décimo se regirán, *cualquiera que sea su modo de gestión*, teniendo en cuenta el respeto a la protección de los consumidores y a la salud pública. En los mercados gestionados mediante empresa mixta municipal, las tarifas deberán cubrir el costo del servicio asegurando su total financiación. Los recursos que se obtengan en la explotación de los mercados se aplicarán a su sostenimiento y a mejorar sus condiciones de comercialización»).

¹⁶ Los *mataderos* desaparecieron de la enumeración del art. 85.3 LBRL mediante Real Decreto-Ley de 7 de junio de 1996, así como del art. 26 de la LBRL, por lo que ya no son servicios obligatorios de los Ayuntamientos; la mención a los *servicios mortuorios* contenida en el núm. 3 del art. 86 ha sido suprimida conforme establece el art. 23 del Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio, sobre Medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica (BOE de 8 de junio); en lo que se refiere al *suministro de gas*, desapareció en la redacción dada por Ley 34/1998, de 7 de octubre (BOE de 8 de octubre), del sector de hidrocarburos.

¹⁷ Obviamente, desde un punto de vista teórico, el hecho de que se efectúe una evaluación periódica contemplaría la posibilidad de una vuelta a la situación de reserva legal siempre que las circunstancias excepcionales que justificaban la reserva legal estuvieran de nuevo presentes y fueran debidamente acreditadas.

oferentes potencialmente interesados en la prestación del servicio, el grado de competencia efectiva entre los mismos o la escasa importancia relativa de los activos específicos que pudieran implicar costes de entrada (en particular, de los costes hundidos).

Cuando, entre otros, existan dichos elementos, se recomienda que el APL establezca que las entidades locales deberían optar por fórmulas de gestión indirecta que permitan la prestación por operadores privados. Al mismo tiempo, debería asegurarse la revisión periódica del prestador tras el plazo contractual mínimo necesario para asegurar la viabilidad económica de dicha gestión. Esta opción resulta preferible para la competencia y la eficiencia frente a la constitución de entidades instrumentales¹⁸ de capital público o mixto. Esto es debido a que la estabilidad temporal y la vinculación estructural de estas entidades instrumentales con las entidades locales reducen o eliminan las tensiones competitivas en la prestación del servicio, no contando con los mismos incentivos para ser eficientes.

De manera análoga al caso de la gestión indirecta¹⁹, *el APL debería asegurar que si la entidad local optase por una estructura instrumental con participación pública y privada en la prestación del servicio en cuestión, los procesos de privatización se realicen de acuerdo con procesos de selección competitiva adecuadamente diseñados*²⁰. Se entenderá que dicha adecuación se produce cuando, al menos, favorezcan y no restrinjan injustificadamente la concurrencia empresarial y no limiten innecesaria, desproporcionada o discriminatoriamente el acceso a la condición de socio privado.

Por último, pero no por ello menos relevante, conviene recordar igualmente, más allá de posibles conductas exentas por ley, la indudable sujeción de los operadores públicos a las normas de competencia, tanto desde el punto de vista de la persecución de posibles conductas anticompetitivas o abusos de posición de dominio²¹ como desde la óptica de ayudas públicas²².

¹⁸ Para un detallado estudio de las implicaciones para la competencia de los entes instrumentales o medios propios, se puede consultar el informe de la CNC sobre medios propios y encomiendas de gestión de junio de 2013, también disponible en la web de la CNMC, www.cnmc.es.

¹⁹ Existen ejemplos de tales análisis a nivel de autoridades de competencia regionales. Uno de ellos es el informe de la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía núm. I 02/10, *Informe sobre la prestación del servicio de abastecimiento de agua en el municipio de Vejer de la Frontera* (Cádiz), disponible en la web de la entidad: www.juntadeandalucia.es/defensacompetencia/. En el mismo se recuerda que el art. 97 el RDL 781/1986 precisa que en la memoria que habrá que preparar para el ejercicio de una actividad económica se determinará la forma de gestión y su prestación efectiva en régimen de monopolio, justificándose su conveniencia.

²⁰ También en este caso puede consultarse la Guía de contratación pública y competencia, disponible en www.cnmc.es.

²¹ Por ejemplo, en el ámbito de los servicios funerarios, entre los numerosos pronunciamientos de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) y de su predecesor el Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) relativos a conductas restrictivas de la competencia en dicho sector, han existido algunos en que se ha sancionado a un operador de carácter público. Es el caso de la Resolución de la CNC 650/08, *Funerarias Baleares*, en la que se multa a la empresa pública titular del cementerio de Palma de Mallorca por abusar de su posición de dominio en el mercado de servicios de cementerio y crematorios, al denegar el acceso a determinados operadores privados de servicios funerarios no procedentes de dicho municipio.

²² A este respecto puede consultarse igualmente el informe de la CNC de junio de 2013 sobre medios propios y encomiendas de gestión, y las implicaciones que, desde el punto de vista de ayu-

b) *Iniciativa pública económica en concurrencia con prestadores privados*

Como ya se ha señalado, el art. 128 de la Constitución de 1978 reconoce la iniciativa pública simple en la actividad económica²³. Sin necesidad de llegar a reservarse servicios esenciales, con la consiguiente exclusión de otros operadores, pueden existir incentivos para que el ente local preste ciertos servicios en concurrencia con operadores privados.

No obstante, cabe señalar, en primer lugar, que determinadas iniciativas económicas públicas pueden impactar sobre la neutralidad competitiva y la configuración de la oferta, presente y futura. Como consecuencia de ello, el informe precisa que *el APL debería garantizar que las entidades locales fundamentaran adecuadamente y ex ante sus iniciativas económicas, delimitando claramente el interés público que se pretende promover con la iniciativa en cuestión e indicando las medidas tomadas para minimizar la afectación a la competencia*²⁴.

En este ejercicio de sopesamiento, el interés público perseguido debe ponderarse con el daño a la competencia derivado de las posibles ventajas competitivas que se puedan establecer a favor del prestador público. Solo tras la constatación de que no existen alternativas menos restrictivas de la competencia para conseguir la finalidad perseguida se debería instrumentar la participación activa de las entidades locales como oferentes en estos mercados.

Además, las posibles ventajas competitivas que se otorgasen a los prestadores públicos por parte de las Administraciones locales deberían estar claramente determinadas, directamente relacionadas con el objetivo de interés público perseguido, ser limitadas y revisables periódicamente. Por último, cabe recordar igualmente la sujeción de los operadores públicos a la normativa de competencia, en los mismos términos que se ha expuesto para los operadores afectados por una reserva legal de actividad.

3. LA RESERVA MUNICIPAL DE LA ACTIVIDAD DE MERCADOS CENTRALES MAYORISTAS DE PRODUCTOS PERECEDEROS Y SU PROPUESTA DE ELIMINACIÓN

La eliminación de la reserva de actividad del servicio de mercados centrales prevista en el Proyecto de Ley de racionalización y sostenibilidad de

das públicas, tendría la puesta en funcionamiento de estos entes. Está disponible en la web www.cmmc.es.

²³ Respecto a las Corporaciones Locales, también el art. 83.1 LBRL se refiere a la actividad económica simple y establece que «las entidades locales, mediante expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la medida, podrán ejercer la iniciativa pública para el ejercicio de actividades económicas conforme al art. 128.2 de la Constitución».

²⁴ Sobre el grado en que la propia decisión de desarrollar tales servicios, y la concreción del «interés público» como título habilitante para el desarrollo de un servicio en particular, puede consultarse la Resolución del extinto TDC r673/05, Deportes Valladolid, en el ámbito de los gimnasios públicos.

la Administración Local²⁵ fue una de las principales propuestas realizadas en el «Informe sobre la competencia en el servicio de mercados centrales mayoristas de abastecimiento de productos alimentarios perecederos en destino», aprobado por el Consejo de la extinta CNC en enero de 2013.

En el mismo, además de analizarse las condiciones de competencia en la comercialización en destino de productos perecederos a través de las Unidades Alimentarias de los mercados centrales, se realizó una reflexión sobre el modelo vigente de organización y gestión de las Mercas y, en particular, sobre la pertinencia de mantener la titularidad municipal de la actividad, siendo este segundo aspecto el que resulta relevante a los efectos del presente artículo.

En primer lugar se expondrá el origen de la municipalización de esta actividad, abordando los motivos de tal decisión así como sus consecuencias, para desarrollar, a continuación, los factores que explican el porqué, desde una perspectiva de competencia, de la propuesta de eliminación de la reserva municipal de esta actividad y de la elección de esta opción frente a otras posibles alternativas.

A. LA JUSTIFICACIÓN DE LA RESERVA LEGAL DE LA ACTIVIDAD DE MERCADOS CENTRALES EN ESPAÑA²⁶

Por lo que respecta a la proyección de la reserva del art. 128.2 CE en el ámbito local, el régimen jurídico de la iniciativa pública para realizar actividades económicas ha experimentado importantes cambios a través de la LBRL y del TR²⁷.

Como se ha mencionado anteriormente, el apartado 3.º del art. 86 de la LBRL reserva en favor de las entidades locales, entre otras, la actividad esencial de mercados centrales. La enumeración de materias en dicho precepto es muy similar a la prevista en el régimen preconstitucional de municipalización, contenido en el Reglamento de Servicios Locales (en adelante, RS), aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955 (todavía vigente).

Así, el art. 166.1 de la Ley de 1955 señalaba que «podrán ser municipalizados con monopolio los servicios de abastecimiento de agua, electricidad, gas, recogida y aprovechamiento de basuras, alcantarillado, lonjas, *mercados*, mataderos, cámaras frigoríficas y los autobuses, tranvías, trolebuses, ferrocarriles y demás medios de transporte dentro del término municipal, así como el servicio de autobuses».

En la mayoría de los casos vigentes de prestación del servicio de mercados centrales, éste fue objeto de municipalización con monopolio, de

²⁵ Art. 1.23, http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-58-1.PDF.

²⁶ Informe Mercas.

²⁷ Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local (en adelante, TR).

conformidad con el art. 166.1 del Decreto de 1955, lo que implica, al igual que la declaración de reserva prevista posteriormente en el art. 128.2 CE, la prohibición a los particulares de ser titulares del servicio de mercados centrales, es decir, la imposibilidad de que los sujetos privados puedan ser titulares de la situación jurídica subjetiva de empresario en este caso, pero no de que intervengan a través de la gestión.

Por lo que respecta a las razones a las que obedece tal decisión, algunos de los *argumentos que se han esgrimido con el objetivo de justificar la necesidad de la intervención municipal en exclusiva*, en el caso particular de los mercados centrales, son los siguientes²⁸:

- La función de la Administración de facilitar, regular, clasificar y racionalizar el abastecimiento de productos alimenticios a los grandes centros de consumo por la exigencia de atender las necesidades primarias de un gran número de personas y porque los precios que en ellos prevalezcan influirán, decisivamente, en el índice general de precios de estos productos.
- Garantía de la salubridad e higiene en los mercados.
- Garantía de la unidad del mercado y de mayor transparencia gracias a las interrelaciones entre los distintos mercados y la necesaria colaboración entre Ayuntamientos.
- Desaparición/reducción de las diferencias de precios entre mercados para idénticos productos, homogeneizando la forma de efectuar las transacciones (por ejemplo, estableciendo subastas simultáneas).
- Mejor prestación de un servicio público y de la realización de los controles, tanto sanitarios como de precios, que conlleva la prestación del mismo.
- Reserva de puestos a productores para el fortalecimiento de la competencia entre mayoristas al evitarse las situaciones monopolísticas existentes en los mercados como consecuencia de la limitación de espacios disponibles y de la dificultad de los productores, por falta de organización y medios, de acceder a los mismos.
- Aumento de la productividad de los mayoristas, debido a los medios mecánicos puestos a su disposición en el mercado.
- La implantación de un perímetro de seguridad o zona de protección del mercado central para evitar la proliferación de mayoristas que desarrollen su actividad fuera del mercado; fijación de zona, que ha de tener en cuenta los intereses de los distintos Municipios, los costes de transportes y las inversiones ya realizadas en esas zonas por algunos mayoristas.
- La adopción de nuevos tipos de intercambios y transacciones que respondan mejor a las realidades actuales.
- Control de los volúmenes comercializables para evitar la aparición de pequeños mayoristas que comercialicen un volumen reducido

²⁸ R. A. MEDINA CALVETE, *Prestación de los servicios de abastecimiento en mercados centrales de mayoristas: municipalización del servicio y constitución de una empresa mixta para su desarrollo*, 1971.

de mercancías, con la consiguiente repercusión en los costes unitarios.

- Regularización de precios de las transacciones cuando sea necesario, mediante la reserva de puestos a productores y a las Administraciones.

De hecho, algunas de las razones enunciadas para justificar la municipalización del servicio se han transformado o han motivado, como se tendrá ocasión de analizar más adelante, la adopción de cláusulas tipo previstas en los Reglamentos de funcionamiento de muchos de los mercados centrales activos en la actualidad.

En definitiva, la intervención del Municipio como único titular de la actividad, se consideraba la mejor opción para la administración de los mercados de abastos y para cumplir con el fin social de procurar un normal abastecimiento de productos alimenticios a la población y con las funciones de control anejas a la prestación del servicio público de mercados centrales.

Sin embargo, el tipo de actividad que desarrollan hoy en día los mercados centrales mayoristas de productos perecederos y las condiciones en que la llevan a cabo son factores que permiten y exigen, como se expone a continuación, poner en tela de juicio las razones que, en su momento, pudieron justificar la reserva municipal de la actividad.

B. LA JUSTIFICACIÓN DE LA SUPRESIÓN DE LA RESERVA DE LA ACTIVIDAD DE MERCADOS CENTRALES

a) *La actividad de mercados centrales en la actualidad*²⁹

El comercio mayorista comprende los intercambios entre empresas de productos a lo largo de la cadena (productores, transformadores, mayoristas en origen, mayoristas en destino y minoristas) y pueden distinguirse diferentes canales de comercialización, en función de los agentes que intervengan y de las tareas que realicen.

El circuito básico de distribución, para el caso de los productos perecederos, es el denominado «canal largo», en el que intervienen, sucesivamente: productor, mayorista en origen, mayorista en destino y minorista³⁰. Los comercializadores en destino compran el producto a un operador en

²⁹ Informe Mercas, *www.cnmc.es*.

³⁰ Esta configuración básica deriva de la antigua obligatoriedad de que todos los productos de alimentación perecederos se comercializaran a través de los «mercados centrales». Así, de acuerdo con los arts. 1 y 2 del Real Decreto 1882/1978, podrían diferenciarse tres canales para la distribución mayorista en destino:

- Mayoristas en destino: mercados mayoristas (arts. 1, 10 y ss.) y mayoristas independientes [art. 2.a) 1].
- Centrales de distribución [art. 2.a) 2].
- Ventas directas [art. 2.a) 3 y 4].

origen y lo revenden al sector minorista (hipermercados y supermercados, comercio tradicional y horeca³¹).

La comercialización en destino puede realizarse por distintos operadores³², si bien, dado el objeto del artículo, interesa la comercialización realizada por los asentadores tradicionales, es decir, mayoristas que actúan junto a otros mayoristas en las Unidades Alimentarias de los mercados centrales, es decir, los mercados mayoristas municipales (Mercas)³³. Este tipo de distribución, en que los productos pasan por los mercados mayoristas en destino se denomina «distribución tradicional», mientras la intervención de las grandes empresas minoristas a través de plataformas o centrales de distribución constituye el canal de «distribución moderna».

Los mercados mayoristas son centros de contratación al por mayor que están localizados en las proximidades de los grandes núcleos urbanos, en los que se reciben los productos agrícolas, ganaderos y del mar desde los centros de contratación en origen. Aglutinan, por tanto, a los principales operadores en destino, los asentadores, y algunas plataformas de la gran distribución utilizan, además, sus instalaciones.

Físicamente, las Mercas suelen tener un mercado separado para cada ámbito de actividad: frutas y hortalizas, pescados y mariscos, carnes. Adicionalmente, en las Unidades Alimentarias de los mercados centrales se desarrollan, de manera creciente, actividades complementarias de mercados en las llamadas Zonas de Actividades Complementarias (ZAC)³⁴.

Por un lado, las Mercas desarrollan un papel esencial de cara a los operadores en origen ya que reciben gran parte del total de productos sin transformación que los comercializadores en origen canalizan (el 50 por 100 de los productos hortofrutícolas y el 25 por 100 del sector cárnico, según el Informe sobre competencia y sector agroalimentario de la CNC del año 2010). Al mismo tiempo, la distribución a través de mayoristas en destino es la principal vía de abastecimiento del comercio minorista especializado

³¹ Integra restauración independiente, cadenas de restauración, bares y cafeterías, hoteles y ocio nocturno.

³² Por mayoristas independientes, que actúan fuera de las Unidades Alimentarias de los mercados centrales o por intermediarios y corredores mayoristas que, al igual que ocurre en el mercado de origen, son intermediarios comerciales independientes que trabajan por cuenta de mayoristas en destino y facilitan la negociación con la gran distribución, realizando operaciones por cuenta de agentes que no acuden directamente a la Merca (habitualmente en aquellas provincias que carecen de esta clase de establecimientos).

³³ La acepción propia y ajustada del término Merca es la que designa a la entidad que se ocupa de la gestión de las Unidades Alimentarias de los mercados centrales de abastecimiento. Sin embargo, el término Merca se usa también para hacer referencia a las propias Unidades Alimentarias o mercados centrales de los productos correspondientes y, por tanto, como sinónimo de estos.

³⁴ Estas zonas acogen empresas de comercialización, manipulación, servicios logísticos y servicios de atención a los usuarios (envasado, almacenamiento, frío en alquiler, oficinas bancarias, cafeterías, estaciones de servicio, gestorías, seguros o estancos, entre otros). El resto son principalmente zonas urbanizadas (viales, aparcamientos, zonas verdes, etc.) y las dedicadas a servicios comerciales y administrativos. En estas zonas se ubica un conjunto de empresas mayoristas que requieren para realizar dichas actividades de valor añadido un mayor espacio en el que realizar la transformación del producto; también se instalan aquí determinadas empresas de distribución con almacenes regionales desde los cuales distribuyen a sus redes de supermercados e hipermercados.

y de los minoristas que venden en mercados ambulantes, y por tanto resulta esencial en el abastecimiento de la población, puesto que entre el 40 y 50 por 100 del aprovisionamiento de los hogares se realiza a través del primero y entre un 6 y 7 por 100 a través del segundo³⁵. La demanda de este tipo de distribución está constituida fundamentalmente, por distribuidores minoristas, comercio especializado, mercadillos, canal horeca y cualquier otro tipo de distribuidor para consumo en fresco fuera de los hogares.

De acuerdo con los datos del Informe Anual de Mercasa³⁶, la actividad comercial mayorista en las 23 Unidades Alimentarias de la Red de Mercas alcanzó en 2011 un valor total próximo a los 10.000 millones de euros, correspondientes a un volumen de comercialización de casi 6 millones de toneladas de alimentos perecederos³⁷. Por otra parte, la distribución realizada directamente por las empresas ubicadas en las ZAC es cada vez más importante³⁸. De acuerdo con Mercasa, estas cifras de comercialización suponen un 50 por 100 del total de frutas y hortalizas que se consumen (hogar y extradomésticos) en España, el 53 por 100 de los pescados y mariscos y el 20 por 100 de las carnes frescas³⁹.

A pesar de estos datos, en los últimos años el canal tradicional ha ido cediendo paso a la distribución moderna, generando circuitos de distribución más cortos en los que aparecen nuevos agentes y se reduce la longitud del canal de distribución. Por otro lado, los roles de cada actor en la cadena de valor tradicional están cambiando y las fronteras entre unos y otros se difuminan de forma que, cada vez en mayor medida, se observan fenó-

³⁵ *La distribución agroalimentaria y transformaciones estratégicas en la cadena de valor*, Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente.

³⁶ Mercasa sigue siendo una empresa pública de la Administración General del Estado cuyos accionistas son la SEPI, Sociedad Estatal de Participaciones Industriales (51 por 100) y el Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, a través del Fondo Español de Garantía Agraria (FEGA) (49 por 100). La Red de Mercas de Mercasa está integrada en la actualidad por 23 Unidades Alimentarias en cuyo accionariado participa tanto el Ayuntamiento titular de la actividad como la sociedad estatal Mercasa. Para más información sobre el origen de esta situación véase Informe Mercas, en particular, «La Red de Mercas de Mercasa», pp. 33 y ss.

³⁷ Por familias de productos, las ventas globales de frutas y hortalizas en la Red de Mercas durante 2011 ascendieron a unos 4,7 millones de toneladas, una cifra algo inferior a la de 2010, alcanzando un valor de casi 4.100 millones de euros, en torno a un 11 por 100 por debajo del año anterior. Por su parte, las ventas globales de productos pesqueros llegaron casi a 700.000 toneladas en 2011, un 5 por 100 menos que en 2010, por el mayor impulso de las mismas en las instalaciones de las ZAC; en conjunto, el valor de ventas de carnes rebasó los 4.200 millones de euros. En el caso de las carnes, durante 2011, la comercialización en la Red de Mercas se acercó a las 400.000 toneladas, con un valor de 1.175 millones de euros.

³⁸ Al margen de las Mercas pertenecientes a la Red de Mercas de Mercasa, de acuerdo con la información aportada por Mercasa y su Informe anual del año 2009, se han identificado otros mercados centrales donde se intercambian productos frescos próximos a los centros de consumo: Mercaolid, Mercavallès, Mercagirona, Mercat del Camp, Mercat Central de Fruites i Verdures, Mercado Mayorista de Vitoria y Mayoristas de fruta y verdura de Xàtiva.

Sin embargo, la mayoría de estos mercados centrales de abastecimiento municipales no tienen la importancia, en cuanto a volumen de negocios, que presentan las 23 Unidades Alimentarias que integran la denominada Red de Mercas de Mercasa. En particular, de los mercados anteriores, el único que, a tenor de la información que proporciona públicamente en su sitio web, parece tener un tamaño equiparable a los Mercas de la Red de Mercas es Mercaolid. En Mercaolid se comercializa un volumen parecido al de las Mercas más importantes de la Red de Mercas.

³⁹ Datos exclusivamente de la Red de Mercas de Mercasa.

menos de integración vertical entre los agentes de la cadena, integrándose «hacia atrás» (por ejemplo, distribuidores que constituyen y controlan centrales de compra en origen) o «hacia delante» (por ejemplo, cooperativas que constituyen centrales hortofrutícolas que negocian directamente con los distribuidores).

El canal libre servicio mayorista (establecimientos *cash & carry*) constituye una modalidad de venta al por mayor de productos de gran consumo, en régimen de autoservicio, dirigida a empresas y profesionales distintos de los consumidores finales, principalmente empresas activas en el sector de la restauración, la hostelería y el sector minorista⁴⁰.

En España existe un amplio número de operadores en este canal, que comparte ciertas similitudes con la distribución realizada en las Mercas y, teóricamente, podría constituir, con salvedades⁴¹, una alternativa para el abastecimiento de productos por compradores que acuden a las Mercas⁴².

Por otro lado, el «canal moderno», basado en la comercialización de productos a través de las plataformas de distribución⁴³, va adquiriendo una mayor entidad, en paralelo a la progresiva importancia de la gran distribución, de modo que ya en 2004 en torno al 20 por 100 del mercado de productos perecederos se canalizó a través de este tipo de intermediación⁴⁴.

⁴⁰ CNC, expediente N/07074, *Dinosol/Tagoror/Tagoror*.

⁴¹ La clientela que acude a los establecimientos de *cash & carry* son, principalmente, pequeñas y medianas empresas con limitado potencial financiero y de almacenamiento, cuyo volumen de compra media es más reducido que el de los clientes del canal tradicional y que realizan compras más espaciadas en el tiempo, a quienes no compensa acudir a la Merca o tener un proveedor para cada producto y prefieren concentrar su compra en un establecimiento con un surtido amplio como el *cash & carry*.

De hecho, en diferentes decisiones, tanto la Comisión Europea como las autoridades españolas de defensa de la competencia han diferenciado el mercado de distribución mayorista a través de establecimientos de *cash & carry*, de los mercados mayoristas en destino, por motivos tanto de oferta como de demanda. Comisión Europea, caso núm. IV/M.784, *Kesko/Tuko*; y CNC, expedientes N-140 PIO *Coronado/Cemetro* (C64/01 del TDC), N-230, *Caprabo/Enaco* (C 70/02 del TDC), N-03053, *Caprabo/Alcosto* (C83/03 del TDC) y C 95/06, *Alimentació/Puntocash*; N/07074 N/07074 *Dinosol/Tagoror/Tagoror*, y N/07032 TPH/N/07032, *TPH/Bargosa*.

⁴² Realmente ambos canales tienen un carácter complementario; el canal Merca ha realizado un importante esfuerzo diversificador, de tal forma que dentro de las denominadas Zonas de Actividades Complementarias (ZAC) pueden encontrarse establecimientos de distribución mayorista en formato *cash & carry*. Así, para los clientes de mayor escala, el hecho de que un porcentaje significativo de clientes mayoristas utilice simultáneamente el formato *cash & carry* y la distribución tradicional podría suponer que ambos canales son considerados complementarios por dichos clientes, y no sustitutos.

Ello ha llevado a la CNC a considerar en determinadas decisiones que el canal *cash & carry* y la distribución mayorista tradicional constituyen mercados próximos o conexos entre sí, debido a que para algunos clientes ambos canales de distribución, tradicional y autoservicio, tienen carácter complementario y a que la distribución mayorista tradicional comercializa una gama de productos en buena parte coincidente con la de los establecimientos *cash & carry*, comprada por clientes similares y con objetivos parecidos. En consecuencia, la CNC consideró que la distribución tradicional tenía cierta capacidad para disciplinar el comportamiento de los operadores existentes en el mercado de distribución comercial mayorista de bienes de consumo diario en establecimientos de *cash & carry*, si bien no necesariamente a la inversa (CNC, expte. C95/06, *Miquel Alimentació/Puntocash*).

⁴³ El art. 6 del Real Decreto 1882/1978 ya se refería al mismo al permitir la comercialización de productos alimentarios a través de las centrales de distribución, convirtiéndola en una de las excepciones a la obligación general de paso de productos frescos por los mercados mayoristas.

⁴⁴ *Investigación de la cadena de distribución de determinadas frutas y hortalizas*, Servicio de Defensa de la Competencia (actual CNC), enero 2004.

El desarrollo de este canal es una clara manifestación del fenómeno ya comentado de difusión de roles entre los distintos operadores de la cadena de valor. Así, algunos mayoristas en destino han diversificado sus actividades en la cadena hacia la producción y la manipulación en origen, asociándose con productores o mediante la adquisición de terrenos donde abastecerse. En otros casos, los mayoristas actúan como operadores logísticos en la cadena moderna, creando plataformas de distribución para la distribución minorista organizada o para reexpedir el producto a otros mercados fuera del área de influencia de la Merca, incluyendo la exportación. Asimismo, es destacable la presencia de distintas multinacionales mediante alianzas con productores o mayoristas en origen nacionales⁴⁵.

b) *La ausencia de justificación de la reserva en la actualidad*

Como se ha puesto de manifiesto en el apartado anterior, aunque las Mercas canalizan todavía hoy una parte muy relevante del consumo mayorista en destino de los productos perecederos en España, han perdido importancia relativa respecto al pasado y se enfrentan a la presión ejercida por nuevas formas de distribución.

El sistema comercial español ha experimentado en los últimos años, y sigue experimentando, una profunda transformación, a la que los mercados centrales de abastecimiento no pueden hacer frente mediante su configuración actual, basándose en un modelo de comercialización de productos frescos que se remonta a los años sesenta.

Cuando se constituyó Mercasa, a finales de los años sesenta, las ventas a través de las plataformas de distribución no existían, y hoy suponen una parte muy relevante del mercado. Igualmente, han surgido mayoristas que operan en destino de manera exitosa al margen de las Mercas, lo que ha generado que, paulatinamente, las Mercas hayan ido perdiendo cuota de mercado en favor de otros canales alternativos.

Ante esta situación, resulta pertinente cuestionar si el modelo vigente de organización de la actividad de mercados centrales mayoristas en destino en España resulta actualmente racional y justificado y si debe modificarse el mismo para que favorezca una mayor competencia y un funcionamiento más eficiente del sistema. Ello lleva necesariamente a plantear si, a día de hoy, la reserva de actividad a los municipios está justificada.

Desde una perspectiva de competencia, la reserva de la actividad esencial de mercados a los Municipios constituye una restricción que impide el acceso al mercado por parte de los operadores privados interesados en prestarlo, frente a lo que sería un escenario de prestación privada del servicio, sin titularidad pública, únicamente sometida a autorización, licencia o declaración responsable.

⁴⁵ *La distribución agroalimentaria y transformaciones estratégicas en la cadena de valor*, Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente.

La motivación genérica de la reserva, tal y como está prevista en el art. 86.3 LBRL de conformidad con el art. 128.2 de la Constitución Española, parece descansar sobre el carácter «esencial» que reviste la actividad⁴⁶. La esencialidad de un servicio debe provenir de la naturaleza y/o funciones de dicho servicio⁴⁷ sin que la necesidad deba identificarse con que se trata de una prestación vital, en el sentido de ser necesaria para la supervivencia de los individuos⁴⁸, de forma que una actividad que sea necesaria o indispensable para la vida social podría considerarse una actividad esencial en el sentido del art. 128.2 CE.

Por otro lado, la esencialidad es una idea ligada a las circunstancias de cada momento y a las posibilidades ofrecidas por la ciencia y la tecnología en dicho momento, por tanto, varía con la evolución de los tiempos y el desarrollo de las tecnologías, lo que exige valorar la necesidad del servicio para el correcto funcionamiento de los elementos básicos de la sociedad en el momento en que se analiza dicha necesidad⁴⁹.

Cuestionar, por tanto, la reserva municipal de la actividad, supone valorar si los motivos expuestos en el anterior epígrafe, que determinaron la esencialidad de la actividad de mercados centrales y, consecuentemente, la posibilidad de su municipalización con monopolio primero y la reserva legal de la LBRL después, se mantienen hoy día e inciden en el funcionamiento de la sociedad, teniendo en cuenta el contexto actual.

Algunas de las razones enunciadas para justificar la municipalización de este servicio se han transformado en cláusulas tipo de algunos de los Reglamentos de funcionamiento de las Mercas⁵⁰, que generan, de forma injustificada, *restricciones a la competencia*, por lo que en modo alguno pueden seguir siendo el fundamento del modelo vigente de prestación de servicios, basado en la reserva municipal de la actividad.

Es el caso de la *reserva de puestos a las Administraciones* con el objetivo de poder regularizar los precios de las transacciones cuando sea necesario. Muchos de los Reglamentos de funcionamiento de las Mercas incluyen entre los operadores que podrán vender en la Unidad Alimentaria a los órganos de la Administración General del Estado, Autonómica y Local (así como a la propia empresa mixta), que dispondrán de espacios comerciales o puestos libres a su solicitud en el mercado central.

La intervención de la Administración como comprador o vendedor de productos en el mercado pudo haber encontrado justificación en el pasado

⁴⁶ Si bien la esencialidad es un concepto jurídicamente indeterminado, cuya valoración difícilmente puede sustraerse a la problemática de los juicios de valor, resulta necesaria su objetivación, en la medida de lo posible.

⁴⁷ O. DE JUAN ASENJO, *La Constitución Económica española: iniciativa económica pública «versus» iniciativa económica privada en la Constitución Española de 1978*, 1984.

⁴⁸ T. DE LA QUADRA-SALCEDO, *Artículo 128: riqueza, iniciativa pública y reserva al servicio público*.

⁴⁹ O. DE JUAN ASENJO, *La Constitución Económica española: iniciativa económica pública «versus» iniciativa económica privada en la Constitución Española de 1978*, 1984.

⁵⁰ Informe Mercas, www.cnmec.es.

ante el riesgo de carestía de alimentos y razones de seguridad de suministro pero no parece en absoluto justificada en el momento actual, máxime cuando esta intervención se justifica por razones vagas de interés general. Dicha actuación podría suponer una injerencia en el libre juego de oferta y demanda en perjuicio de los consumidores.

Es más, en relación con el reconocimiento de la propia Merca o de las Administraciones Públicas como vendedor o comprador, el Tribunal Supremo ya se ha pronunciado sobre su ilegalidad en su Sentencia de 28 de septiembre de 1993⁵¹, señalando que genera «una quiebra del principio positivizado de libre concurrencia o competencia, con consecuencias discriminatorias y en perjuicio de los demás vendedores, al posibilitar que las Administraciones Públicas, como tales con su caracterización de “*potentior persona*” y con los privilegios que le son inherentes actúen como simples vendedores; pues el propio reglamento básico y el Reglamento de Funcionamiento arbitran los mecanismos de intervención pública y en calidad de vendedores de diversas Entidades [entre ellos, la propia empresa mixta] para conseguir los objetivos de regulación de precios, asegurar el abastecimiento de la ciudad y su área de influencia o establecer la calidad y la competencia en el mercado; situación de intervención que por su propia finalidad sólo puede producirse para los fines referidos y con carácter excepcional».

También el *incremento de la productividad de los mayoristas* mediante la puesta a su disposición de diversos medios y la prestación de determinados servicios fue, en su día, un argumento para justificar la reserva municipal, y se materializó en diversas cláusulas previstas en algunos de los Reglamentos de funcionamiento de las Mercas⁵², en particular, la obligación de canalizar los pagos a través de la Merca; la obligación de que la descarga y transporte de mercancías hasta las naves se realice por el personal de la empresa mixta, incluso, una vez en la nave, también la colocación de la mercancía en el punto de venta; la obligación de que la evisceración y preparación del pescado a partir de un determinado peso se realice por el personal de la Merca; la obligación de que los compradores detallistas repesen la mercancía en las instalaciones de la Merca; la obligación de depositar las mercancías compradas y no retiradas por los compradores en los almacenes y cámaras frigoríficas de la Unidad Alimentaria; la obligación de que la mercancía sobrante no vendida por los mayoristas deba ser retirada y llevada a la cámara frigorífica por el personal de la Merca.

Si bien todas estas cláusulas implican la prestación por parte de la Merca de toda una serie de medios y servicios a los mayoristas asentados en la Unidad Alimentaria, no coadyuvan, en modo alguno, a un incremento

⁵¹ Confirma la anulabilidad de los art. 12.b) y 58 del Reglamento de Funcionamiento del Mercado Mayorista de Pescados de Mercavalencia, S. A., declarada previamente por el Tribunal Superior de Justicia de Valencia, el 21 de mayo de 1990. El recurso interpuesto por la Asociación de Empresarios Mayoristas de Pescados de Valencia se motivaba contra acuerdos del Ayuntamiento de Valencia aprobatorios del Reglamento de Funcionamiento de la empresa mixta encargada de la gestión.

⁵² Es una cláusula bastante excepcional en los Reglamentos de funcionamiento de las Mercas.

de su productividad. Muy al contrario, dichas cláusulas pueden suponer o facilitar el aprovechamiento por la Merca de su posición para restringir la libertad de los mayoristas y minoristas de contratar determinados servicios, por la vía de obligar a su contratación con la propia Merca.

En estos casos, es previsible que se produzca un perjuicio para los consumidores finales, debido al encarecimiento de los costes de los vendedores mayoristas o los compradores de la Merca, que repercutirán los costes adicionales, directamente incrementando sus precios o indirectamente reduciendo la calidad o prestando menos servicios de venta⁵³.

La necesidad de *control de los volúmenes comercializables* también es otro de los argumentos esgrimidos para justificar la reserva de la actividad a los municipios. Así, la exigencia de comercialización de un tonelaje mínimo es una cláusula generalizada en la regulación de la mayoría de las Mercas, cuyo incumplimiento genera la extinción de la autorización para ser titular del puesto o la pérdida de la condición de usuario vendedor en el mercado.

De hecho, es un argumento que encontró apoyo normativo en la versión original, ya derogada, del Real Decreto 1882/1978, de 26 de julio, cuyo art. 14 establecía que el Reglamento de cada mercado mayorista determinaría el tonelaje mínimo a comercializar en cada puesto en relación con sus características y el tipo de producto, así como la revisión de dichos tonelajes. Sin embargo, tras la adaptación de esta norma a la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, de libre acceso a las actividades económicas y su ejercicio practicada por el Real Decreto 200/2010, de 26 de febrero, la posibilidad de determinar ventas mínimas por puesto ha desaparecido de la regulación estatal, puesto que se trata de un requisito de naturaleza económica que supe- dita la prestación y la continuidad del servicio al cumplimiento de unos objetivos económicos determinados por la empresa gestora de la Merca, y por tanto contrario a lo previsto en el art. 10 de la Ley Paraguas⁵⁴.

⁵³ Solamente en supuestos excepcionales puede estar justificado el establecimiento de una obligación de contratar estos servicios con la propia Merca, y en particular cuando se acredite que la prestación centralizada de estos servicios por la Merca supone un ahorro potencial importante para cada uno de los usuarios frente a la prestación por el mercado en competencia (por ejemplo, por la presencia de economías de escala), que la prestación centralizada del servicio por la Merca no es viable sin la demanda de todos y cada uno de los operadores de la Merca y que en ausencia de la obligación de adquisición del servicio a la Merca, lo adquirirían fuera de la Merca un número suficiente de operadores como para hacer inviable la prestación centralizada del servicio. Además deberá verificarse que la centralización no distorsiona la competencia en el mercado del servicio que se centralice.

⁵⁴ En la misma línea, la Autoridad Catalana de la Competencia [«Consideraciones generales relativas a una consulta planteada por un ayuntamiento de la provincia de Barcelona sobre los mercados municipales (CO 49/2012)»] ha valorado una cláusula reglamentaria consistente en fijar un número determinado de puestos por categorías de producto o por el establecimiento de un *mix* comercial definido en porcentajes de la superficie de venta total, considerando que «este tipo de previsiones no sólo resultan contrarias a la Directiva de Servicios, sino que son restricciones injustificadas a la competencia que impiden o dificultan el acceso al mercado de operadores interesados. En efecto, siempre que se den las condiciones suficientes, la determinación de la oferta y la demanda, y los resultados de su confrontación, deben resolverse a través de mecanismos de mercado, como consecuencia de las decisiones de los agentes económicos, y no verse influidos por la programación económica de las autoridades públicas». Añade además que: «En general, los operadores incumbentes tienen interés en que se apliquen medidas proteccionistas, las cuales tienen efectos negativos sobre la competencia (impiden

Más allá de estos argumentos, estandarizados como previsiones de los Reglamentos de funcionamiento de algunas Mercas, se mencionaron otros motivos que justificarían la reserva de actividad. Así, el riesgo de *desabastecimiento de alimentos* no constituye ya en la actualidad una preocupación fundada ya que, como se ha expuesto, existen otros muchos canales alternativos de distribución de productos frescos que lo garantizan, cumpliendo con las necesarias condiciones de salubridad e higiene. La pervivencia de dichos canales y las buenas perspectivas de crecimiento que presentan, ponen en tela de juicio la «esencialidad» del servicio desarrollado por los mercados centrales.

Por lo que respecta a la necesaria *función de control sanitario*, tal y como ya se ha argumentado por parte de la CNC en otras ocasiones⁵⁵, no se aprecia por qué en un sistema de libre prestación de servicios, sujeto a autorización o licencia, por ejemplo, las Administraciones Públicas no podrían garantizar satisfactoriamente la vigilancia y el cumplimiento de las obligaciones de servicio público de los operadores que presten el servicio.

En cuanto a la *administración y gestión del servicio*, la introducción de competencia podría ayudar a reducir los costes en la medida en que se pueden obtener economías de escala cuando el tamaño del municipio no es el económicamente óptimo para la prestación del servicio.

En todo caso, la aparición y el progresivo desarrollo de canales de comercialización de productos perecederos, en ocasiones alternativos a los mercados centrales mayoristas, evidencia que la reserva de actividad municipal para estos ha perdido su sentido inicial. No resulta necesario ni proporcional que determinadas formas de comercialización operen protegidas de la competencia y con titularidad pública de dimensión municipal mientras que en otras, en cambio, la iniciativa privada es libre.

Por tanto, no se aprecia la necesidad de que esta actividad siga estando reservada. Si el servicio de mercados centrales se puede prestar por empresas en competencia en términos más favorables para los usuarios que los que ofrece el monopolista, sin que exista una razón determinante en la actualidad que justifique la existencia del monopolio en esta actividad, debe excluirse, desde el punto de vista del Derecho de la Competencia, la posibilidad de los Ayuntamientos de hacer efectiva la reserva legal, y por tanto, la prestación en exclusiva de este servicio⁵⁶.

la entrada de operadores que desean entrar y por lo tanto, se reduce la presión competitiva a la que están sometidos los ya establecidos) y, en consecuencia, también provocan efectos negativos sobre los consumidores: menor libertad de elección, precios superiores o productos de menor calidad».

⁵⁵ CNC, IPN 06/2009 sobre puertos de interés general, y TDC (1993), *Remedios políticos que pueden favorecer la libre competencia en los servicios y atajar el daño causado por los monopolios*.

⁵⁶ Debe matizarse, en todo caso, que esta propuesta no excluye la posibilidad de los Ayuntamientos de ejercer esta actividad en régimen de libre concurrencia con la iniciativa privada, tal y como reconocen los arts. 128.2 CE y 86.2 LBRL. Pero sí que se debe permitir que cualquier empresa privada que cumpla con los requisitos de la normativa de competencia y aquellos que se establezcan en la regulación pertinente pueda ejercer la actividad.

La alternativa a la eliminación de la reserva de actividad consistiría en introducir criterios de competencia en la forma de gestionar el servicio público ya que la reserva legal de servicios públicos

4. CONCLUSIONES

La utilización de la figura de la reserva legal de actividad en favor de las entidades locales, sin perjuicio de su amparo legal en ciertas circunstancias, constituye un instrumento que presenta importantes riesgos para la promoción y el mantenimiento de la competencia, como consecuencia de la limitación del acceso de terceros operadores a la posibilidad de desarrollar la prestación. En particular, en el caso de la actividad de mercados centrales, la reserva impide que aparezcan nuevos mercados mayoristas en destino y vincula la gestión y la inversión a las decisiones del municipio, que no siempre son las más adecuadas desde el punto de vista de la eficiencia.

La liberalización de esta actividad constituye, en esta ocasión, el modelo más respetuoso con la competencia al no existir motivos que indiquen que la iniciativa privada en esta actividad económica pueda entrañar una amenaza latente contra el interés general o que la función social de esta actividad estaría mejor atendida estando controlada íntegramente por el sector público, en este caso, por el municipio correspondiente. En todo caso, la utilización de la reserva debe compatibilizarse, en la medida de lo posible, con el fomento de la competencia efectiva mediante el respeto de los principios de necesidad, proporcionalidad y mínima restricción.

esenciales (municipalización, en su caso) es compatible teóricamente con la aplicación de modalidades de gestión indirecta, lo que permitiría introducir, al menos, competencia «por el mercado» —aunque la gestión se ejerza posteriormente en régimen de monopolio—. Sin embargo, en el caso de la gestión de la actividad esencial de mercados centrales, esta posibilidad no se ha puesto nunca en práctica y reviste una importante complejidad, motivada, en buena medida, por limitaciones normativas tanto históricas como vigentes, que dificultan evadir la gestión directa de esta actividad. Su análisis excede, sin embargo, del objeto de este artículo.

1. UNION EUROPEA. SEGUNDA PARTE

DIRECCIONES DE INTERNET

Alemania: Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit

<http://www.bmwi.de>

Austria: Bundesministerium für Wirtschaft

<http://www.bmwi.at>

Francia: Ministère de l'Économie, de l'Industrie et du Commerce

<http://www.mec.gouv.fr>

Bélgica: Assemblée Communautaire des Ministres de l'Économie

<http://www.assemblee.communautaire.be>

Bélgica: Commission Communautaire Française de l'Économie

<http://www.cfec.be>

Dinamarca: Danmarks Erhvervsministeriet

<http://www.ersmest.dk>

Países Bajos: Ministerie van Economische Zaken

<http://www.vez.nl>

Dinamarca: Ministry of Economic Affairs

<http://www.ersmest.dk>

Eslovenia: Ministrstvo Republike Slovenije za Gospodarske zadeve

<http://www.mgz.gov.si>

Irlanda: Competitiveness and Enterprise Development Board

<http://www.cedb.gov.ie>

Italia: Ministero delle Attività Produttive

<http://www.mipaaf.gov.it>

España: Comisión Nacional de la Competitividad

<http://www.competitividad.es>

España: Agencia de Incentivos de la Competitividad de Andalucía

<http://www.agenciaandaluces.com>

España: Dirección General de la Competitividad

<http://www.dgcompetitividad.es>

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

Croacia: Croatian Competition Agency

<http://www.aztn.hr/>

Dinamarca: Konkurrencestyrelsen

<http://www.ks.dk/>

Eslovaquia: Antimonopoly Office

<http://www.antimon.gov.sk/>

Eslovenia: Competition Protection Office

<http://www.uvk.gov.si/>

Estonia: Estonian Competition Authority

<http://www.konkurentsiamet.ee>

España: Comisión Nacional de la Competencia

<http://www.cncompetencia.es/>

España: Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía

<http://www.juntadeandalucia.es/defensacompetencia/>

España: 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

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.autoridadedaconcorrenca.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

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://fdj.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/>

Taiwán: 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/index.php/en/home>

The Antitrust Case Browser

<http://www.stolaf.edu/people/becker/antitrust/>

US Antitrust Materials (Legal Information Institute, Cornell Law School, US)

<http://www.law.cornell.edu/topics/antitrust.html>

OTRAS OBRAS PUBLICADAS

ACTAS DE DERECHO INDUSTRIAL. VOL. 33 (2012-2013)

Ángel García Vidal (dir.)

EL CAMBIO GENERACIONAL EN LAS EMPRESAS FAMILIARES

José Manuel Serrano Cañas

COMPETENCIA Y ACCIONES DE INDEMNIZACIÓN

Antoni Font Ribas

Silvia Gómez Trinidad (coords.)

CONFLICTOS DE INTERÉS DEL SOCIO

Nerea Iraculis Arregui

DENEGACIÓN DE EMBARQUE EN EL TRANSPORTE AÉREO DE PASAJEROS

Patricia Márquez Lobillo

LOS DERIVADOS FINANCIEROS EQUITY Y EL GOBIERNO CORPORATIVO DE LAS SOCIEDADES

Ana Felicitas Muñoz Pérez

ESTUDIOS SOBRE LA PROTECCIÓN DE LA MARCA RENOMBRADA

Carlos Fernández-Nóvoa

LA NUEVA ORDENACIÓN DEL MERCADO DE TRANSPORTE

M.^a Petit Lavall

Fernando Martínez Sanz

Andrés Recalde Castells (dirs.)

EL PRACTICAJE

Iñaki Zurutuza Arigita

LA SEPARACIÓN DEL SOCIO EN LA LEY DE SOCIEDADES DE CAPITAL

Paola Rodas Paredes

fundación



ISBN: 978-84-15948-67-4



9 788415 948674

