

ANUARIO
DE LA
COMPETENCIA

A N U A R I O
D E L A
C O M P E T E N C I A
2 0 1 4

2 0 1 4



fundación



fundación



UAB
Universitat Autònoma de Barcelona



Marcial
Pons

El **Anuario de la Competencia 2014** forma parte de una colección iniciada en el año 1996 y que tiene su continuidad en los años posteriores (1997-2013).

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 2014 y comentarios de casos concretos dictados en este año.

ANUARIO DE LA COMPETENCIA
2014

ANUARIO DE LA COMPETENCIA
2014

ANUARIO
DE LA COMPETENCIA
2014

EDICIÓN
MAYO 2014

ISSN 1547-0347

ANUARIO DE LA COMPETENCIA 2014

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 2014

María ÁLVAREZ SAN JOSÉ
*Doctora en Derecho
Jefe de Área de la Asesoría Jurídica CNMC*

Rais AMILS ARNAL
Abogado. Clifford Chance

Enrique ANDREU
Economista. Compass Lexecon

Carmen M. CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALTE
*Doctora en Derecho Mercantil
Subdirectora Adjunta de Industria y Energía
de la Dirección de Competencia de la CNMC*

Carla COHÍ ANCHÍA
*Subdirección de Industria y Energía de la Dirección
de Competencia de la CNMC*

José Luis FERRERO GÓMEZ
*Vocal asesor de la Subdirección de Sociedad
de la Información de la Dirección de Competencia
de la CNMC*

Jordi FORNELLS DE FRUTOS
*Subdirector de Sociedad de la Información de la Dirección
de Competencia de la CNMC*

Sergio GARCÍA DE FRUTOS
NERA Economic Consulting, Madrid y Bruselas

Javier GUILLÉN CARAMÉS
*Profesor Titular de Derecho Administrativo
Acreditado a Catedrático
Universidad Rey Juan Carlos*

Eva LECERTUA
Adscrita a la CNMC

Francisco MARCOS
Professor of Law, IE Law School

María Jesús MARTÍN
Adscrita a la CNMC

Miquel MONTAÑA MORA
Abogado. Clifford Chance

Amadeo PETITBÒ
Catedrático de Economía Aplicada

Pedro POSADA DE LA CONCHA
NERA Economic Consulting, Madrid y Bruselas

José María RODRÍGUEZ
Director Asociado en Frontier Economics Ltd. España

Iryna SIKORA
Analista en Frontier Economics Ltd. España

Sergio SINOVAS CABALLERO
*Magister Legum LL.M. Administrador Civil del Estado.
Subdirector Adjunto de la Subdirección General
de Cárteles y Clemencia de la Dirección de Competencia
de la CNMC*

SUMARIO

ANUARIO DE LA COMPETENCIA 2014

PRIMERA PARTE. ESTUDIOS

Clasificación obstruida del sistema de fricción por fricción... 10

Requisito de concurrencia del... DIRECCIÓN
LLUÍS CASES

Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad Autónoma de Barcelona
Socio Garrigues, Abogados y Asesores Tributarios

La liberalización de... 50

El... 50

Resolución de... 117

La... 132

Análisis de... 132

El... 132

Compensación de... 132

FUNDACIÓN ICO
Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO
2014

ANUARIO DE LA COMPETENCIA 2014

Madrid
Libro Cuero

Reservados todos los derechos. No se permite la explotación económica ni la transformación de esta obra. Queda permitida la impresión en su totalidad.

© Fundación ICO, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A. 2014

ISBN: 978-84-16212-79-8

ANUARIO

DE LA COMPETENCIA

2014

Maria de los Angeles Lopez

Directora General

ICP de España

ICP de España

ICP de España

ICP de España

ICP de España

ICP de España

ICP de España

ICP de España

ICP de España

ICP de España

ICP de España

ICP de España

ICP de España

ICP de España

ICP de España

ICP de España

ICP de España

ICP de España

ICP de España

ICP de España

ICP de España

ICP de España

ICP de España

ICP de España

ICP de España

ICP de España

ICP de España

ICP de España

ICP de España

ICP de España

ICP de España

ICP de España

ICP de España

ICP de España

ICP de España

ICP de España

ICP de España

ICP de España

ICP de España

ICP de España

ICP de España

ICP de España

ICP de España

ICP de España

ICP de España

ICP de España

ICP de España

ICP de España

ICP de España

ICP de España

ICP de España

ICP de España

© Fundación ICO
© MARCIAL PONS
EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.
San Sotero, 6 - 28037 MADRID
☎ (91) 304 33 03
www.marcialpons.es

ISBN: 978-84-16212-79-8

Depósito legal: M. 34.639-2014

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

	Pág.
Presentación	9
PRIMERA PARTE. ESTUDIOS	
Cárteles: obsesión sin análisis (Amadeo PETITBÓ).....	13
Proceso de consolidación del sector de las comunicaciones electrónicas móviles: análisis de las últimas concentraciones comunitarias (Jordi FORNELLS DE FRUTOS y José Luis FERRERO GÓMEZ)	35
La liberalización de los servicios postales: a vueltas entre la regulación y el Derecho de la Competencia (Javier GUILLÉN CARAMÉS).....	59
La tensión entre los derechos de propiedad industrial y el Derecho de la competencia a la vista de las recientes actuaciones y decisiones adoptadas por la Comisión Europea (Miquel MONTAÑÁ MORA y Rais AMILS ARNAL).....	83
Intercambios de información entre competidores: actuaciones de la CNMC en un caso reciente (Pedro POSADA DE LA CONCHA y Sergio GARCÍA DE FRUTOS).....	117
La aplicación del art. 22 del Reglamento comunitario de concentraciones. Casos reales de remisión de expedientes a la Comisión Europea por parte de la Autoridad española de competencia (Carla COHÍ ANCHÍA)...	133
Análisis de estrangulamiento de márgenes cuando existen obligaciones de servicio público (José María RODRÍGUEZ e Iryna SIKORA)	147
El análisis de las concentraciones en materia energética a la luz de la creación la CNMC (Eva LECERTUA y María Jesús MARTÍN)	161
Compensación de daños provocados por el cártel del azúcar (Francisco MARCOS)	185
Últimas tendencias en la aplicación del art. 3 de la LDC: especial consideración al requisito de afectación al interés público (Carmen M. CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALTE)	201

El derecho de acceso y la confidencialidad en los expedientes administrativos sancionadores por presuntas infracciones previstas en la Ley 15/2007 (Sergio SINOVAS CABALLERO)	221
El riesgo de insolvencia como factor reductor de las multas impuestas por conductas anticompetitivas (<i>inability to pay</i>) (María ÁLVAREZ SAN JOSÉ).....	249

SEGUNDA PARTE. DIRECCIONES DE INTERNET

Unión Europea	277
Europa no comunitaria.....	279
América.....	279
Asia y Australia.....	280
África	281
Organizaciones internacionales.....	281
Otras direcciones de interés	282

PRESENTACIÓN

ESTUDIOS

El Anuario de la Competencia 2014 supone la aparición de esta obra, de manera ininterrumpida, desde el año 1996; desde entonces ha venido publicándose con el apoyo y el patrocinio de la Fundación ICO. Esta labor forma parte de la línea de trabajo de la Fundación consistente en profundizar en la reflexión, análisis y debate sobre la libre competencia en nuestro país y constituye una de sus publicaciones más consolidadas. Abordando la temática desde, esencialmente, la perspectiva económica y jurídica, se ha ido editando cada año recogiendo los principales y más destacados debates y la evolución de los mismos. Ejercicio tras ejercicio, la Fundación ICO ha mantenido el proyecto convirtiéndose en una obra de referencia, en un elemento fundamental para todos los profesionales que trabajan en este ámbito y para todas aquellas personas interesadas en la materia.

Cuando el Anuario se creó, prácticamente no existían publicaciones en España sobre estos temas; hoy el panorama ha cambiado y el alto interés que despierta el mundo del Derecho de la Competencia, el hecho de que se imparta como materia específica en las universidades y que haya muchos despachos profesionales dedicados a este área concreta, ha hecho que aumente el número de lectores y se diversifiquen las ediciones. Es un sector de interés que en su conjunto no deja de crecer, por lo que vemos que la apuesta que se hizo por esta obra ha dado sus frutos.

Los contenidos del Anuario han estado normalmente marcados por la actualidad: novedades legislativas, actuaciones inspectoras, derechos y deberes, regímenes jurídicos y marcos normativos, sentencias, jurisprudencia europea, consolidación y modernización del sistema de competencia español, creación y desaparición de organismos... Prácticamente no habrá habido ningún tema que no haya sido tratado en esta obra durante su larga andadura.

Al mismo tiempo, los más destacados expertos y estudiosos han participado con sus artículos y estudios, encargados ex profeso para cada uno de los anuarios, de manera que esta obra recoge también la opinión y las investigaciones de los máximos exponentes en nuestro país: profesores, abogados, jueces, economistas, asesores... De esta forma, el Anuario se convierte en una fuente de consulta indispensable para todas aquellas

personas que quieran conocer la evolución de la Competencia en España y en Europa.

Pero además de los autores, esta obra no sería posible sin su director, Lluís CASES; a todos ellos nuestro agradecimiento, así como a la Universidad Autónoma de Barcelona por su respaldo en este proyecto.

Fundación ICO

SEGUNDA PARTE. INTRODUCCIÓN

Desde finales del siglo XIX, cuando se inició el estudio de la competencia en España, se ha observado una evolución constante en el nivel de competencia de los ciudadanos. Esta evolución se ha producido gracias a la acción de los poderes públicos, que han promovido la formación de los ciudadanos en materia de competencia. En este sentido, la competencia es un concepto que ha ido cambiando a lo largo del tiempo, adaptándose a las necesidades de la sociedad. En la actualidad, la competencia se entiende como la capacidad de los ciudadanos para tomar decisiones de forma responsable y autónoma. Este concepto es fundamental para el desarrollo de una sociedad democrática y libre.

El estudio de la competencia en España ha sido objeto de numerosas investigaciones y estudios. Estos estudios han demostrado que el nivel de competencia de los ciudadanos en España es inferior al de otros países europeos. Esto se debe a una serie de factores, como la falta de formación en materia de competencia, la influencia de la cultura y la tradición, y la falta de participación ciudadana. Por lo tanto, es necesario implementar medidas que permitan mejorar el nivel de competencia de los ciudadanos en España. Estas medidas deben ser integrales y abarcar todos los aspectos de la formación y la participación ciudadana.

Los resultados de estos estudios indican que el nivel de competencia de los ciudadanos en España es inferior al de otros países europeos. Esto se debe a una serie de factores, como la falta de formación en materia de competencia, la influencia de la cultura y la tradición, y la falta de participación ciudadana. Por lo tanto, es necesario implementar medidas que permitan mejorar el nivel de competencia de los ciudadanos en España. Estas medidas deben ser integrales y abarcar todos los aspectos de la formación y la participación ciudadana.

El estudio de la competencia en España ha sido objeto de numerosas investigaciones y estudios. Estos estudios han demostrado que el nivel de competencia de los ciudadanos en España es inferior al de otros países europeos. Esto se debe a una serie de factores, como la falta de formación en materia de competencia, la influencia de la cultura y la tradición, y la falta de participación ciudadana. Por lo tanto, es necesario implementar medidas que permitan mejorar el nivel de competencia de los ciudadanos en España. Estas medidas deben ser integrales y abarcar todos los aspectos de la formación y la participación ciudadana.

CARTELES Y ANÁLISIS

PRIMERA PARTE

ESTUDIOS

Alfonso Patrón

Director de Estudios Económicos

1. INTRODUCCIÓN

El presente estudio aborda el problema de los cárteles, en especial desde el punto de vista español y su tratamiento por las autoridades de defensa de la competencia (ADC).

Tras unas breves referencias históricas y económicas, se analizan una serie de aspectos de interés, particularmente más próximos y cercanos que las dificultades sufridas habitualmente por las A.D.C. Se analiza una muestra de prácticas actuales en los mercados españoles de bienes y servicios desde el punto de vista de sus características económicas. Asimismo, se discute la importancia de tener el análisis de los cárteles a un nivel más allá de la competencia en los mercados por considerar los efectos de los cárteles como, que en general, perjudiciales de las conductas competitivas.

2. LOS CARTELES Y LOS MERCADOS

Los cárteles no siempre han sido objeto de condena o desaprobación. Desde la época de interés al libro de Hume (1744) (1) —conocido por Boulding (2) de Frank H. Rowley (3) y —según el libro F. Rowley (4)— están en el mundo moderno. Desde entonces, que comenzó uno de los primeros estudios económicos de los cárteles, los conceptos económicos y la importancia de los mismos. En esta época, el concepto de cartelización y la posibilidad de acuerdos entre las empresas eran elevados. Además, la primera legislación de dichos acuerdos era de carácter negativo, con frecuencia, se mantenían secretos y muchas veces por el propósito de evitar la denuncia por parte.

En el mundo moderno, según la mayoría de los países europeos, la división de mercados y la cooperación comercial se consideran como prácticas anticompetitivas. Pero, en otros casos, en "Cartel" se considera

(1) Véase el libro de los autores —en colaboración con— "El problema de los cárteles", Ediciones de la UCA, 1982.

CÁRTELES: OBSESIÓN SIN ANÁLISIS

Amadeo PETITBÒ

Catedrático de Economía Aplicada

1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo aborda el problema de los cárteles, su especificación en la realidad española y su tratamiento por las autoridades de defensa de la competencia (ADC).

Tras unas breves referencias históricas y económicas, se ensaya una definición de cártel, pretendidamente más precisa y operativa que las definiciones utilizadas habitualmente por las ADC y se analiza una muestra de cárteles activos en los mercados españoles de bienes y servicios destacando algunas de sus características esenciales. Asimismo, se considera inapropiado limitar el análisis de los cárteles a su aptitud para dañar la competencia en los mercados prescindiendo del análisis de sus efectos reales, que es la cuestión nuclear de las conductas cartelizadas.

2. LOS CÁRTELES Y LOS MERCADOS

Los cárteles no siempre han sido objeto de censura o desaprobación¹. Resulta de interés el libro de BERLE [(1954) 1958] —miembro del Brain Trust de Franklin Roosevelt y asesor de John F. Kennedy— sobre la sociedad anónima. BERLE sostenía que en cada uno de los grandes sectores industriales dos o tres sociedades controlaban más de la mitad de la industria. En otros términos, el coeficiente de concentración y la probabilidad de acuerdos entre las empresas eran elevados. Además, la presencia internacional de dichas empresas era destacable aunque, con frecuencia, se mantenía en secreto y resultaba afectada por el proteccionismo de muchos países.

De acuerdo con BERLE, «para la mayoría de los países europeos, la doctrina de ilimitada y libre competencia internacional es considerada como totalmente irresponsable. Para estas naciones, un “Cártel” de compañías

¹ Sobre el origen de los cárteles y su desarrollo histórico, véanse MUND (1948); PIOTROWSKI (1933).

asignando mercados, regulando la producción en mayor o menor concurrencia con la demanda presunta, etc., es el camino normal e inteligente de hacer frente a la situación; a menos que, por supuesto, los gobiernos tomen las medidas necesarias por medio de tratados directos». La referencia argumental se basaba en el hecho de que los mercados de países como Gran Bretaña, Alemania o Francia eran demasiado pequeños «para permitir la libre competencia en la mayor parte de las industrias».

El mencionado principio permitía concluir que «los Cárteles internacionales de Europa, de los que las empresas norteamericanas formaron parte, con notable frecuencia (*y así tenía que ser, si deseaban operar en gran escala en Europa*)², eran, en realidad, toscos instrumentos de planes industriales, sin los cuales la vida industrial de Europa hubiera sido un anárquico caos».

Pero los criterios entre norteamericanos y europeos no siempre eran coincidentes. Valga un ejemplo, como referencia, referido a la aviación civil: «La pugna entre la tesis norteamericana e inglesa era, a todas luces, completa. Para un ciudadano inglés era tan natural hacer un convenio y dividir en dos porciones el mercado, como lo era para la mayoría de la industria de la Aviación Civil norteamericana insistir en una libre competencia, dentro de un cielo libre».

En el fondo, el debate se apoyaba sobre dos pilares: uno basado en la racionalidad económica y otro en el deseo de que Europa no tuviera grandes empresas o conglomerados que pudieran competir con las grandes corporaciones norteamericanas. De ahí la crítica norteamericana a Jean Monnet y al Plan Schumann en relación con la creación de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero. Y, también, la crítica a los soviéticos que querían desorganizar los viejos cárteles y debilitar la estructura industrial europea, «facilitando así su conquista por el comunismo». Los sindicatos, por su parte, consideraban que los cárteles enriquecían a sus grandes propietarios en detrimento de la clase trabajadora.

En relación con el mercado del petróleo, por ejemplo, BERLE sostenía que «no existe razón sólida para suponer que una competencia ilimitada en el mundo, hubiese producido resultados más satisfactorios» pues, en el fondo, subrayaba que «la competencia [...] es una cosa, cuando existe un número infinito de pequeñas unidades productoras y vendedoras; pero es cosa completamente distinta cuando unos pocos titanes combaten entre sí para conseguir el control del suministro de la apertura de mercados y del servicio al consumidor». En cualquier caso, consideraba que las grandes compañías tenían que estar sometidas a un «poder compensador», que diría GALBRAITH [(1952) 1964]³.

² Cursiva AP.

³ La idea de GALBRAITH ya estaba en los escritos de los economistas norteamericanos de principios del siglo XX. En efecto, en CLARK y CLARK [(1912) 1971] se afirmaba que «entre los problemas prácticos que debe resolver el pueblo Americano, el mayor de ellos es el control de las grandes corporaciones, no para destruirlas sino para convertirlas en servidores de la sociedad».

Todo esto puede parecer confuso. En el debate se mezclaban ideas, objetivos y, sobre todo, intereses. El análisis microeconómico, cuyos principios fundamentales y la correspondiente plataforma teórica ya se habían desarrollado a finales del siglo XIX, brillaba por su ausencia.

Recuérdese⁴ que la mayoría de países europeos no dispusieron de una legislación de defensa de la competencia hasta después de la Segunda Guerra Mundial. En aquellas circunstancias los cárteles no eran ilegales e, incluso, se organizaban mediante acuerdos escritos.

En el año 1927, los cárteles eran legales en Suiza y no estaban prohibidos explícitamente en Bélgica, Francia, España, Italia y Holanda. En el año 1923, Alemania aprobó una ley anti-cártel para prevenir el abuso de posición de dominio de los cárteles. En 1930, Gran Bretaña consideró que los cárteles eran un hecho y les exigió transparencia, incluida la notificación de los acuerdos. Posteriormente, otros países siguieron el camino de Gran Bretaña. No fue hasta después de la Segunda Guerra Mundial que Francia aprobó una legislación anti-cártel.

El título del presente trabajo trae causa del art. 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) que reza: «1. Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional...». El punto clave es el término «pueda producir» que deja un campo muy abierto a las interpretaciones y, sobre todo, aniquila potencialmente la posibilidad de que las resoluciones se basen en los efectos de las conductas. Con argumentos basados en la aptitud para afectar la competencia en los mercados de bienes y servicios, las ADC relegan a un segundo plano el estudio detallado de cuanto ha ocurrido en los mercados y, sobre todo, acostumbran a no estudiar los efectos reales de las conductas sobre los mercados prescindiendo de la rica capacidad explicativa del análisis económico. En este contexto, los cárteles se han convertido en una obsesión sin análisis.

No cabe duda de que los cárteles tienen efectos perversos sobre los mercados y sobre el conjunto de la economía. Este hecho debería exigir que sean objeto de sanciones severas; siempre manifiestamente superiores a los beneficios realmente obtenidos, sin límite alguno; incluso si la sanción supone la desaparición de la empresa cartelizada. Todo ello sin excluir las sanciones personales a sus instigadores y agentes necesarios, con independencia de que pertenezcan al sector privado o al sector público. Para proceder de esta forma, las conductas y sus efectos reales deben estar debidamente acreditados y analizados; sin dudas, vacilaciones ni aspectos indeterminados. Sin frases generales o afirmaciones no probadas.

Ciertamente, ha sido de gran ayuda para el tratamiento de los cárteles la figura del chivato y la consiguiente clemencia. En la página web de la

⁴ SUSLOW (1991), citada por CARLTON, PERLOFF (2005).

Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC) puede leerse: «Una de las novedades de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia ha sido la introducción en nuestro sistema de los programas de clemencia, ya puestos en práctica con éxito en Estados Unidos y en la Unión Europea. El programa de clemencia es un poderoso instrumento en manos de las autoridades de defensa de la competencia para la detección de los cárteles, en cuanto atentados más dañinos contra la competencia.

La clemencia puede beneficiar a aquellas empresas que aporten elementos de prueba que posibiliten a la CNC la detección del cártel, siempre que no hayan sido las instigadoras del mismo y pongan fin a su participación en la conducta prohibida.

El programa de clemencia supone, para las empresas que forman parte de un cártel, una suerte de vía de salida, ya que, si cumplen determinados requisitos, podrán beneficiarse de la exención o reducción en el pago de la multa que les habría correspondido por su participación en el acuerdo prohibido».

Lógicamente, con este planteamiento se incentiva al chivato y se le perdona la sanción. De esta forma, puede suceder que un felón que obtenga toda la información de sus competidores y delate, resulte beneficiado de la situación al imponer costes a sus competidores y alcanzar ventajas competitivas. Incluso, participar en un cártel puede ser un movimiento estratégico rentable. Algo que, desde la más pura lógica, resulta difícilmente defendible⁵.

En cualquier caso, las delaciones son cada vez más frecuentes y la persecución de los cárteles más intensa. Este hecho contrasta con la excepcionalidad de la detección de cárteles por las ADC, con independencia de que, en muchas ocasiones, sus conductas hayan tenido reflejo en los medios de comunicación.

Sin embargo, como señala CUERDO (2014), «...los programas de *leniency* podrían estar favoreciendo solamente la denuncia de cárteles de por sí inestables, pero no de aquéllos 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». Esta cuestión, por su relevancia, debería ser estudiada en profundidad por las ADC.

3. EL ANÁLISIS ECONÓMICO DE LOS CÁRTELES

Pese a la posición mantenida por algunos profesionales al servicio de las ADC, una lectura atenta del contenido de las normas de defensa de la competencia revela que los principios del análisis económico tienen su re-

⁵ En algún caso parece que ciertos impulsores del cártel se hayan transformado en delatores y solicitantes de clemencia.

flejo en las mismas, traduciendo el interés (más tácito que explícito) por la adecuada combinación del análisis económico con el análisis jurídico. POSNER [(1972) 1986] subrayó que «la economía es un poderoso instrumento para analizar multitud de asuntos de naturaleza jurídica y política» aunque la evidencia pone de manifiesto que «muchos juristas —incluso juristas muy brillantes— y muchos estudiantes de Derecho —incluso estudiantes muy brillantes— tienen muchas dificultades para relacionar preceptos económicos y problemas jurídicos concretos». A mi juicio, podría decirse lo mismo de muchos economistas. Incluso de personas que desarrollan su actividad en las ADE.

La LDC resume, en su Preámbulo, la plataforma económica que sustenta los principios inspiradores del Derecho de la Competencia moderno. No es muy original pero no deja lugar a las dudas, pues se apoya en premisas sencillas pero robustas que pueden encontrarse en cualquier buen manual de introducción a la economía⁶.

Dada la capacidad interpretativa del análisis económico, su aplicación en los asuntos examinados por las ADC arroja luz sobre multitud de aspectos que no pueden ser comprendidos en toda su extensión con el uso exclusivo del análisis jurídico. El análisis económico se convierte, en consecuencia, en un instrumento de referencia. Como ha subrayado BERENGUER (2006), el Derecho de la Competencia «es un Derecho vivo». Y sólo puede ser «vivo» si avanza continuamente en sus análisis y propuestas, lo que supone que no debe prescindir ni del análisis jurídico ni del económico.

El análisis jurídico cuenta con una larga tradición en el campo de aplicación del Derecho de la Competencia; no así el Análisis económico. Dicho análisis, como han subrayado REY *et al.* (2006), «requiere un examen minucioso de cómo funciona la competencia en cada mercado concreto, para evaluar el modo en que estrategias concretas de las empresas pueden afectar al bienestar del consumidor». Ésta es, precisamente, la tarea que deben llevar a cabo las ADC pese a que, en ocasiones, la pereza administrativa las conduzca al confortable refugio de los argumentos formales.

El uso del análisis económico debe permitir conocer con la debida precisión —condicionada por la información disponible— no solamente la forma de las conductas sino también sus efectos. Voces autorizadas han argumentado en favor de esta aproximación, particularmente potente. Por un lado, CRANDALL y WINSTON (2003) consideran necesario un análisis empírico suficientemente extenso para conocer con precisión el impacto real de la política *antitrust*. Por otra parte, de acuerdo con el trabajo citado de REY *et al.*, el enfoque de las ADC debería tomar en consideración los efectos de las conductas sometidas a escrutinio como referencia fundamental.

⁶ Sobre la Economía política del *antitrust* véase ROWLEY y RATHBONE (2004). Dichos autores subrayan que, aunque la formalización de las implicaciones del poder de mercado sobre el bienestar fueron formalizadas por HARBERGER (1954), sus antecedentes pueden encontrarse en DUPUIT (1844) y MARSHALL (1890).

La lógica de la argumentación de quienes defendemos la prioridad de los efectos de las conductas como referencia fundamental es sencilla: dos conductas distintas con los mismos efectos deben tener un trato equivalente; de la misma forma que dos conductas o decisiones empresariales idénticas con efectos distintos deben tener un trato distinto⁷. JENNY (2007) es contundente al respecto: «El análisis económico no ofrece ninguna relación de conductas pro competitivas o anticompetitivas. La misma conducta puede, en ciertas circunstancias del mercado, tener un efecto pro competitivo (o ser pro eficiencia) y en otras circunstancias del mercado tener un efecto o no efecto anticompetitivo potencial». Los efectos, en consecuencia, se convierten en una referencia fundamental⁸.

Pero lo mismo sucede en el caso de las conductas de abuso de posición de dominio o de acuerdos empresariales entre empresas competidoras. La forma es el medio pero lo relevante de las conductas es su impacto real en los mercados, sus efectos sobre la competencia y el bienestar de los consumidores. En consecuencia, tanto los profesionales como las ADC y los jueces responsables del estudio y la aplicación del Derecho de la Competencia deben disponer de un saber bastante acerca de los instrumentos que proporciona el análisis económico aplicado al conocimiento de la conducta, estructura y resultados empresariales en los mercados relevantes. Asimismo, los profesionales de la economía dedicados al análisis competitivo de los mercados reales deben tener los conocimientos jurídicos necesarios para interpretar adecuadamente la naturaleza de las conductas empresariales, de acuerdo con la legislación aplicable en cada momento y lugar. Éste no es un trabajo para aficionados.

Dicha aproximación, pese a su robustez, no es totalmente compartida; sobre todo, por los juristas. Pero en el grupo de escépticos o contrarios a la consideración de los efectos de las conductas como referencia fundamental, también pueden incluirse aquellos economistas que consideran que la forma de las conductas es relevante y debe ser la primera referencia en la aplicación del Derecho de la Competencia⁹.

En este punto parece relevante la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala 3.^a) de 11 de septiembre de 2014¹⁰ donde se refiere al hecho de que, en la sentencia objeto de recurso, el Tribunal General, al definir el concepto de restricción de la competencia «por el objeto», en el sentido del art. 81 CE, apartado 1, «omitió referirse a la constante jurisprudencia del Tribunal de Justicia [...] sin considerar así que el criterio jurídico esencial para determinar si una coordinación entre empresas conlleva tal restricción de la competencia “por el objeto” consiste en la constatación de que esa coordinación tiene por sí misma un grado suficiente de nocividad para la competencia».

⁷ Un ejemplo de la diversidad de efectos de una determinada conducta se encuentra en las operaciones de concentración empresarial.

⁸ Véase PETITBÔ (2013); (2014).

⁹ Entre quienes trabajan en las ADC hay opiniones distintas. Véase, por ejemplo, GUTIÉRREZ y COSTAS (2010).

¹⁰ Asunto C-67/13 p, *Groupement des cartes bancaires*.

4. LA DEFINICIÓN DE CÁRTEL

Resulta sorprendente la falta de precisión del *DRAE* a la hora de definir un cártel: «Convenio entre varias empresas similares para evitar la mutua competencia y regular la producción, venta y precios en determinado campo industrial». Parece como si el sector servicios no existiera amén de otras cuestiones.

Asimismo, resulta también sorprendente que el cártel, una de las restricciones más graves al funcionamiento de los mercados [art. 62.4.a) de la vigente LDC]¹¹, no se apoye en una definición precisa y operativa, susceptible de ser tratada con los modernos instrumentos del análisis económico y de la econometría. Éste es el caso de la LDC actualmente en vigor en cuya Disposición Adicional cuarta se dice que: «Se entiende por cártel todo acuerdo secreto entre dos o más competidores cuyo objeto sea la fijación de precios, de cuotas de producción o de venta, el reparto de mercados, incluidas las pujas fraudulentas, o la restricción de las importaciones o exportaciones»¹². Entendió la Comisión Nacional de la Competencia¹³ que dicha definición es amplia. «Es un acuerdo entre competidores, que por la propia lógica de su carácter fraudulento para otros competidores, los consumidores y para el interés general, se hace con ocultación y que tiene por finalidad afectar al mercado de cualquiera de las formas posibles, pero siempre buscando el beneficio de los cartelistas y en detrimento del interés general». Nótese que, en este caso, la autoridad habla de «ocultación» en lugar de «secreto»¹⁴.

La noción de cártel remite al análisis económico pero las referencias al mismo están ausentes en la definición de la LDC. Dicha ausencia vacía

¹¹ Se consideran muy graves aquellas «conductas colusorias tipificadas en el art. 1 de la Ley que consisten en cárteles (subrayado AP) u otros acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas, prácticas concertadas o conscientemente paralelas entre empresas competidoras entre sí, reales o potenciales». El caso de las conductas conscientemente paralelas debe ser analizado con tino pues tienen aptitud para restringir la competencia o pueden ser el resultado de un reflejo pro-competitivo como consecuencia de un movimiento estratégico de una empresa rival sin aptitud para afectar negativamente la competencia.

¹² De acuerdo con esta definición no tendría sentido un cártel compuesto por dos empresas sin mencionar las cuotas de mercado. ¿Es un cártel si entre ambas empresas tienen un 5 por 100 de cuota de mercado? ¿Lo es si el acuerdo ha tenido una vigencia de un mes? ¿Es lo mismo que haya tenido efectos relevantes, insignificantes o que no haya tenido efectos? Además, sorprende la referencia al «secreto» pues la publicidad —escasa o no— no desvirtúa la naturaleza del cártel. De hecho, la CNMC ha interpretado el «secreto» con flexibilidad. En la Resolución Peluquería Profesional se afirma que «además, no puede admitirse que cierta publicidad de las reuniones en sí quiebra su carácter secreto. Bastaría entonces para evitar la calificación de cártel que se diera publicidad de forma genérica a los encuentros entre competidores». No cabe duda de que la interpretación flexible de la Autoridad genera inseguridad jurídica.

¹³ Resolución Peluquería Profesional.

¹⁴ Ocultación es la acción de ocultar, y ocultar, según el *DRAE*, es: «Esconder, tapar, disfrazar, encubrir a la vista», «callar advertidamente lo que se pudiera o debiera decir, o disfrazar la verdad». Por su parte, secreto significa «cosa que cuidadosamente se tiene reservada y oculta, conocimiento que exclusivamente alguien posee de la virtud o propiedades de una cosa o de un procedimiento útil en medicina o en otra ciencia, arte u oficio, negocio muy reservado, deber que tienen los miembros de ciertas profesiones, como los médicos, los abogados, los notarios, etc., de no descubrir a terceros los hechos que han conocido en el ejercicio de su profesión».

mucho el contenido la definición. A mi juicio, le resta operatividad. En el fondo, sobrevuela el temor a entrar en el análisis de los efectos reales de las conductas anticompetitivas. O, lo que es lo mismo, utilizar el análisis económico y discutir sobre la base de sus principios; ir al fondo de la cuestión, sin indeterminaciones y abriendo la posibilidad de análisis empírico.

No hay duda de que enjuiciar una conducta por su naturaleza es más fácil que analizarla a fondo incluyendo los efectos de la misma en el análisis. No utilizar el análisis económico es un exabrupto. En este punto cabe recordar que, en ocasiones, cuando las ADC hablan de los efectos del cártel, no se refieren precisamente al impacto de las conductas sobre el comportamiento de la competencia en los mercados y los efectos sobre las propias empresas, incluidos los beneficios extraordinarios. Hablan de otras cosas, pero no de las cosas esenciales.

En las enmiendas del Parlamento Europeo a la propuesta de Directiva de la Comisión en relación con «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»¹⁵, se define el cártel como «todo acuerdo o práctica concertada 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, entre otras cosas, la fijación o la coordinación de precios de compra o de venta u otras condiciones comerciales, incluso en relación con los derechos de la propiedad intelectual; la asignación de cuotas de producción o de venta; el reparto de mercados y clientes, incluidas las colusiones en licitaciones, las restricciones de las importaciones o exportaciones o las medidas contra otros competidores contrarias a la competencia». Aquí, la definición es más precisa y el acuerdo ya no es necesariamente secreto. Pero sigue sin entrar en el fondo del asunto.

En este punto me atrevo a sugerir una definición de cártel¹⁶ que incida más en los efectos reales sobre los mercados relevantes y sobre el excedente del consumidor: un cártel consiste en una asociación —voluntaria o inducida— de empresas —compradoras o vendedoras de bienes y servicios; competidores reales o potenciales— que, explícitamente, coordina sus decisiones en relación con los precios, cantidades o cualquier otra variable, contribuyendo a alterar de forma significativa y durante un periodo de tiempo suficientemente largo el funcionamiento de la libre y leal competencia en cualquier mercado relevante en perjuicio del bienestar del consumidor.

Lógicamente, el cártel responde a un acuerdo entre empresas que, por regla general, toma como referencia el beneficio de todos sus miembros y la maximización conjunta de los beneficios. En consecuencia, sus efectos son similares a los del monopolio; de ahí el particular interés que tiene su análisis para las ADC.

¹⁵ A7-0089/2014, de 9 de abril de 2014.

¹⁶ Un análisis de las definiciones de «cártel» en otras jurisdicciones puede verse en RINCÓN (2013).

Un ejemplo de lo que podríamos calificar como «cártel total» se describe en el expediente *Navieras Ceuta-2* donde se declara «que los acuerdos sobre reparto de mercado, fijación de precios y cuotas de mercado, coordinación de honorarios, fijación de condiciones comerciales para las agencias, eliminación y coordinación de ofertas y mecanismos de compensación en caso de desviación de cuotas y mecanismos de seguimiento y vigilancia del cumplimiento de los acuerdos en el transporte marítimo de pasajeros y vehículos en la línea que une Algeciras y Ceuta...»¹⁷. Pero no un acuerdo cualquiera. El acuerdo debe tener entidad —no sólo aptitud— para alterar de forma significativa el funcionamiento competitivo del mercado; es decir, debe tener efectos significativos sobre el mercado. En consecuencia, la cuota de mercado ostentada conjuntamente por las empresas que participan en el cártel debe ser relevante. Y, además, la conducta debe tener relevancia temporal. Es decir, no tiene sentido hablar de acuerdo de cártel si el mismo ha tenido una duración breve o no ha llegado a buen término. La ejemplaridad basada en la forma de las conductas, a mi juicio, es ajena a la racionalidad. Lo he sostenido en bastantes ocasiones. La referencia debe ser, exclusivamente, la afectación significativa del mercado relevante durante un periodo de tiempo suficientemente extenso. Además, no debe olvidarse que los cárteles acostumbra a ser inestables, en su interior hay empresas que engañan, otras quedan fuera del cártel y se aprovechan de sus decisiones y, en fin, con mucha frecuencia los cárteles se rompen.

Con la consideración de los cárteles sobre la base de una definición como la mencionada podría aligerarse la estructura de las ADC y dirigir el foco, sobre todo, a los cárteles relevantes que alteran significativamente el comportamiento de mercados importantes. Es decir, deberían investigarse más a fondo los cárteles efectivos¹⁸, determinar lo más precisamente posible los beneficios obtenidos por las conductas realmente contrarias a la competencia, los efectos reales de dichas conductas y los daños causados. Como complemento a este cambio de criterio debería modificarse la estructura de las sanciones, incluyendo las pertinentes compensaciones por daños y perjuicios causados a los particulares. Es decir, deberían considerarse las funciones punitivas y las reparadoras. Este procedimiento daría más trabajo a las ADC pero, también, sería más serio. El cambio propuesto no es sencillo y debería sortear infinidad de obstáculos pero, como sostuvo HEINE, nada es eterno excepto el cambio. En otros términos: las leyes no son eternas y pueden perfeccionarse.

¹⁷ Una manifestación de que los cárteles pretenden beneficiar a todos sus miembros es la fijación de precios mínimos. Por ejemplo, en el caso *Coches de alquiler* se sostiene que en una reunión entre los integrantes del cártel se indica que «os sentaréis con los distintos proveedores en Barcelona para fijar un precio medio (mínimo) de mercado, aunque el acuerdo no siempre se cumple». Otros casos de fijación de precios mínimos se encuentran en los expedientes *Productores de uva y vinos de Jerez* y *Plataforma del mejillón*.

¹⁸ No puede ser, como señala RINCÓN (2013) que «prácticas desarrolladas en el marco de una asociación sean vistas como una recomendación colectiva, mientras que otras prácticas similares, para haber sido investigadas a raíz de una solicitud de clemencia, son calificadas como un cártel. Asimismo, prácticas que, de acuerdo con la línea divisoria de la CNC, parecen en principio cumplir todos los requisitos establecidos por la definición de la D. A. y, al final, no son consideradas como un cártel».

5. EL ANÁLISIS DE LOS CÁRTELES. EVIDENCIA ESPAÑOLA¹⁹

El análisis de los cárteles es una cuestión no exenta de dificultades. La ausencia de datos en las Resoluciones de la CNMC es un problema cuya solución exige mucho trabajo. Un trabajo fino, sin duda. Pero las ADC tienen instrumentos para resolver el problema de la ausencia o escasos de datos y para tratarlos con el rigor que exige el análisis de un cártel. La pregunta es: ¿Por qué las ADC no siempre van al fondo de la cuestión y analizan los cárteles con los datos necesarios para determinar con precisión bastante su alcance y efectos?

La pereza administrativa²⁰ apoyada en considerar que el expediente se resuelve declarando que una conducta está prohibida *per se* supone no resolver totalmente el expediente. Dada la gravedad de la conducta resulta obligado estudiarla a fondo. Y el perjudicado por la conducta de los cárteles tiene derecho a conocer sus efectos, no solamente sobre el mercado relevante sino para él mismo o para su empresa. La falta de estudio o el estudio inadecuado perjudica no sólo el interés privado sino, también, el interés general.

No olvidemos que España acoge una economía cartelizada. Los acuerdos empresariales relevantes abundan por doquier; en ocasiones, fomentados por las propias administraciones públicas sin que, en estos casos, por regla general, el inductor o cooperador público sea incluido en el expediente a efectos de la pertinente y motivada sanción²¹.

A. AUSENCIA DE INFORMACIÓN

Algunos ejemplos pueden ilustrar cuanto se acaba de decir. En el expediente *Plataforma del mejillón*, se afirma: «...no cabe duda de que han debido tener ciertos efectos, al menos temporales, en el sostenimiento de los precios, aunque su magnitud no se encuentra acreditada en el expediente». Por su parte, en el expediente *Peluquería profesional*, tras despreciar, sin alternativa, un estudio econométrico presentado por una de las partes, se sostiene que «una vez demostrado el objeto anticompetitivo, no es preciso constatar si la práctica tuvo o no efectos y sólo sería relevante a la hora de determinar el importe de la multa que procede en cada caso, pero no para su calificación jurídica». Es decir, sería inequívocamente relevante.

¹⁹ Dos buenos trabajos sobre estas mismas cuestiones pueden verse en RINCÓN (2013) y CORTI (2013).

²⁰ No me refiero a la exhaustividad de los textos de las Resoluciones sino a la falta de análisis económico que exhiben los mismos. En relación con la reiterada costumbre de «cortar y pegar» los Informes de la Dirección de Investigación, se olvida que la Ley 30/1992 se refiere a que los actos administrativos «serán motivados con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho». Es decir, de modo breve, claramente y destacando lo necesario para motivar inequívocamente la parte dispositiva.

²¹ Como excepción puede mencionarse el asunto *Taxis de Barcelona*, tan olvidada que se ha llegado a sostener que nunca ha sido sancionado un administrador público. En dicha Resolución se sancionó al Instituto Metropolitano del Taxi, al Gremio Unión de Taxistas, al Sindicato del Taxi de Cataluña y al Sindicato de Taxistas Autónomos de Barcelona.

Con estos criterios es imposible edificar una autoridad de defensa de la competencia seria y creíble. En el expediente *Transportes Barcelona* se dice que «dada la información que se encuentra disponible, no es posible estimar, si quiera (*sic*) a la baja, el beneficio ilícito de la conducta...». En el expediente *Transitarios* se afirma que «no se ha podido obtener en la instrucción información concluyente sobre el tamaño del mercado y la cuota de las empresas», lo que no deja de ser sorprendente. En el caso *Asfaltos* se sostiene que «en cuanto a los beneficios ilícitos, si bien no hay una cuantificación, sí constan datos de que existen estos beneficios». En consecuencia, es posible estimarlos.

En el asunto *Distribuidores saneamiento*, el Consejo «considera, además su aptitud para distorsionar la competencia sobre la variable precios en una parte relevante del territorio nacional en el que las empresas implicadas en la infracción tienen un peso significativo en la distribución de determinados productos... Cuestión diferente es que tales efectos no hayan sido cuantificados». Sin embargo, no parece particularmente difícil la estimación de los efectos pues en uno de los Hechos probados se dice que uno de los interesados manifestó que «lo bueno de todo lo que hacemos es que por lo menos hemos subido de margen 4 puntos».

Tan deficiente ha sido, en ocasiones, la instrucción que la Audiencia Nacional, por ejemplo, en el expediente Gestión de residuos sanitarios, ha anulado la decisión sobre SIS por falta de argumentación, estima parcialmente el recurso de CONSENUR y reduce la sanción en un 50 por 100 por no acreditar suficientemente los efectos. En el caso de CESPAA reduce la multa y la anula en relación con el pacto de no competencia por error de cálculo de la Dirección de investigación y por no haber acreditado los efectos. Algo lamentable para la Autoridad de defensa de la competencia que, en este caso, ha dañado el interés público.

B. EL ANÁLISIS ECONÓMICO DE LOS CÁRTELES. UNA APROXIMACIÓN

La teoría sobre cárteles es compleja, sin duda. Pero a los efectos del presente artículo puede simplificarse, acaso exageradamente, a los efectos de destacar sus elementos más relevantes.

Es frecuente que el análisis económico de los cárteles empiece por la consideración de un duopolio. Se trata de un mercado sencillo, en el que sólo operan dos empresas. Sencillo pero permite intuir la esencia de problemas más complejos.

En cualquier manual riguroso de microeconomía o de Economía industrial²² se hace referencia al comportamiento de los mercados competitivos y monopolísticos y se destacan los efectos fundamentales de la conducta monopolística pues los efectos existen; sólo hay que analizarlos.

²² CARLTON y PERLOFF (2005); PINDYCK y RUBINFELD [(1995) 2001]; SCHERER y ROSS (1990); TIROLE [(1988) 1990], por ejemplo.

Los modelos correspondientes sirven de referencia para el estudio de los cárteles.

En el caso de un mercado duopolístico en el que ambas empresas producen bienes o servicios sustitutivos²³, la lógica dice que las empresas se enfrentan a dos opciones cuyos resultados son completamente distintos: competir o cooperar. El análisis empírico de los mercados pone de manifiesto que pueden encontrarse ejemplos de ambas posibilidades.

Si las empresas compiten, los resultados son equivalentes a los de un mercado competitivo. Si cooperan, los resultados pueden ser similares a los de los mercados monopolísticos. En este caso, para que el duopolio cartelizado inicie sus actividades los precios deben cubrir los costes de la empresa menos eficiente (que incluyen los beneficios normales); es decir, el precio de la empresa menos eficiente debe ser igual o superior a su coste marginal. En este caso, ambas empresas ganan: la empresa menos eficiente puede seguir en el mercado —incluso puede obtener beneficios extraordinarios, aunque sean reducidos— y la empresa más eficiente obtiene beneficios extraordinarios. Los perjudicados son los clientes y, en última instancia, los consumidores y el conjunto de la economía. En otros términos, no se maximiza el bienestar de los consumidores y tiene lugar una pérdida neta de bienestar como sucede en el caso del monopolio. Pero, aún bajo el imperio del cártel, dado que los mercados son dinámicos, la empresa más eficiente aspira a expulsar a su competidora del mercado con el fin de maximizar sus beneficios extraordinarios.

En cualquier caso, dado el dinamismo de los mercados, lo más probable es que los beneficios extraordinarios atraigan nuevas empresas al mercado, reavivando la competencia. El primer efecto de la entrada de nuevas empresas, en ausencia de acuerdo, sería la reducción de precios y, en consecuencia, la reducción de los beneficios extraordinarios. En estas circunstancias, si la competencia se convierte en la referencia y las empresas quieren aumentar su cuota de mercado, los precios tienden a reducirse, paso a paso, hasta situarse en el nivel correspondiente a los precios de competencia. En este punto desaparecen los beneficios extraordinarios y se maximiza el bienestar del consumidor. Por esta razón, en aquellos mercados donde los precios son elevados, la probabilidad de que se organice un cártel y éste sea estable es más elevada. Pero cabe la posibilidad de que una empresa desee competir reduciendo los precios para aumentar su cuota de mercado.

Con estas referencias, dado que las empresas atienden más a sus cuentas de resultados que al bienestar del consumidor, la consideración de un mercado duopolístico permite suponer que las empresas tienen interés en no desencadenar una guerra de precios pues saben perfectamente que resultarían perjudicadas en relación con los resultados obtenidos tras un acuerdo. Los incentivos a cooperar son, en consecuencia, muy robustos. Por ello, con una elevada probabilidad, las empresas decidirán cooperar y comportarse

²³ Es decir, operan en el marco del mismo mercado relevante —y, en general, en cualquier tipo de mercado—.

en el mercado como un duopolio colusivo. En este caso, fijarán un precio ventajoso para ellas²⁴, obtendrán beneficios extraordinarios y procederán a repartirse dichos beneficios. Las empresas saldrán ganando individual y globalmente. El consumidor resultará perjudicado.

C. EL ENGAÑO COMO ESTRATEGIA

Pero ni los acuerdos ni la propia competencia son pacíficos. El verdadero objetivo de las empresas es la maximización de sus beneficios potenciales. Uno de los mecanismos para alcanzar este objetivo es engañar al competidor; con independencia del acuerdo de cártel alcanzado. Por ello, en el caso de que tengan margen suficiente, nada excluye que una de las empresas decida reducir los precios con el fin de aumentar la cantidad vendida y, en consecuencia, su cuota de mercado. En estas circunstancias, su competidor puede adoptar la estrategia de no reaccionar pero lo más probable es que reaccione y también reduzca precios. Si ambas empresas deciden iniciar una guerra de precios, estos se irán reduciendo hasta el límite del coste marginal y su conducta será igual a la conducta de las empresas en mercados competitivos. Los beneficios extraordinarios desaparecerán y se maximizará el bienestar del consumidor. Las empresas no estarán en la mejor de las situaciones²⁵.

En este punto no debemos olvidar que, por regla general —no siempre—, los cárteles se rompen por sí solos. Si esto fuera siempre así, el papel de las ADC debería ser revisado. Sin embargo, en ocasiones, la pereza administrativa se traduce en la supervivencia de cárteles potentes durante muchos años.

Sara LEE, por ejemplo, «ante la pérdida de cuota reaccionó procediendo al extrallenado y reduciendo precios mientras que Puig no hizo nada y Colgate mantuvo el formato y bajó precios» (expte. *Fabricantes de Gel*). O, en el caso *Productores de la uva y vinos de Jerez*, los incumplimientos fueron una constante a lo largo de los años. En el caso *Coches de alquiler*, un interesado resume detalladamente «las dificultades que estaban teniendo todos en la aplicación del acuerdo y en como reducirlo, animando a seguir adelante a pesar de las dificultades, con una plena comunicación entre las empresas del cártel de los incumplimientos detectados para solucionar rápidamente las anomalías detectadas, descartando la mala fe y las rencillas entre ellos» y se hace referencia a un operador que «por lo menos, a primera vista, no está cumpliendo y a la mínima excusa baja el precio». En el asunto *Asfaltos*, uno de los cartelistas sostiene que otro cartelista «está mandando presupuestos a clientes antes de que el cliente los pida y con unos precios de aproximadamente 8-10 por 100 por debajo de los que estoy pasando yo».

²⁴ Precio > Coste marginal.

²⁵ También podría pensarse que una de las empresas decide reducir la cantidad ofrecida con el fin de impulsar los precios al alza y aumentar sus beneficios, ignorando la reacción de su rival (o del resto de empresas si hubiera más de dos empresas en el mercado).

El engaño, como puede comprobarse, responde a una estrategia competitiva habitual.

D. EL CONTROL DE LOS CÁRTELES

Los cárteles, aunque con frecuencia se rompen, no siempre lo hacen. En ocasiones, su organización es eficiente —aunque dañina—, los resultados obtenidos convenientes y el control de la conducta de los cárteles está bien organizado. Bastantes ejemplos ponen de manifiesto la larga vida de los cárteles o, lo que es lo mismo, la poca eficiencia de la administración. La tendencia se quiebra merced al sistema de clemencia que permite detectar su existencia gracias a los chivatos. Entre los cárteles de larga duración podrían mencionarse el de los Productores de uva y vinos de Jerez, que duró dieciocho años; el de la Peluquería profesional, con una duración de veinte años; el de Gestión de residuos sanitarios, cuya duración fue de doce años; o el de Envases hortofrutícolas cuya vida fue de diez años. De éstos, el de Peluquería profesional y el de Envases hortofrutícolas fueron detectados por denuncias de los chivatos. En el caso *Coches de alquiler*, uno de los denunciados manifiesta que «como os prometí, os envío un *e-mail*, desde una cuenta de correo que hemos creado especialmente para que me hagan llegar cualquier incidencia que observen, con relación a lo hablado ayer».

Los datos anteriores revelan que la vida de los cárteles no es pacífica y exige un control continuo para evitar rupturas de los acuerdos.

E. INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN

Conscientes del riesgo de ruptura o de indisciplina, los cárteles, junto al acuerdo, deciden establecer un sistema de medidas disciplinarias e, incluso, un sistema de sanciones. Lógicamente, la eficiencia de estos sistemas es más elevada si el cártel se establece en mercados oligopolísticos estrechos o en mercados con barreras de entrada. En este contexto, el intercambio de información es fundamental. Dichos intercambios pueden detectarse en, prácticamente, todos los expedientes sobre cárteles. Por ejemplo, en el expediente Licitaciones de carreteras puede leerse: «Las empresas se han comunicado sus ofertas y han acordado manipular las mismas para establecer bajas más reducidas, o lo que es lo mismo, precios más altos en las licitaciones, lo que implícitamente además supone mantener una “*entente cordiale*” respecto a la identidad del vendedor de la licitación». En el expediente Plataforma del mejillón, durante las negociaciones se «intercambiaron datos de producción y ventas». En el caso *Navieras Ceuta-2*, se sostiene que ha quedado probado «la existencia de intercambios de información entre las navieras sobre variables básicas de competencia como son las tarifas, las cuotas y los horarios, que no tienen otra justificación que adoptar acuerdos anticompetitivos».

El mencionado control de la conducta del cártel exige, lógicamente, disponer de una sólida información que procede del intercambio de la misma entre sus componentes.

F. LOS INTRUSOS SE APROVECHAN DEL CÁRTEL

Además, no debe olvidarse que los cárteles, para ser duraderos, deben atender los intereses del cartelista menos eficiente. Este hecho no sólo incentiva su incumplimiento. También atrae intrusos que consideran que si venden sus bienes o servicios a precios inferiores a los fijados por el cártel, aumentarán sus beneficios y también su cuota de mercado. Incluso pueden seguir los acuerdos del cártel sin adherirse al mismo.

Por ejemplo, en el expediente *Fabricantes de Gel*, se dice que «...el precio de estas marcas líderes sirve para que las demás, que no están presentes en el acuerdo, tomen esos precios como referencia y fijen los suyos con la distancia relativa con la que siempre lo hacen. El resultado final es que todos los demás pueden seguir una política de incrementar precios sin riesgo de perder clientes, de forma que a nivel agregado el precio medio de todo el mercado experimentará una subida»²⁶. En el expediente sobre *Envases hortofrutícolas*, un competidor vendía sus productos «a un precio más bajo que los precios mínimos acordados...».

En el caso de los *Almacenes de hierro*, un operador se aprovechó del cártel sin riesgo. En efecto, se dice en el expediente que «está acreditado que este nuevo sistema de facturación fue aplicado por diversas empresas asociadas y, al menos, por una no asociada».

Dado que, por regla general, el cártel fija sus precios por encima de los precios de competencia, los intrusos pueden competir en beneficio propio y sin riesgos.

G. SEGUIMIENTO DE LOS ACUERDOS Y MEDIDAS DISCIPLINARIAS

Conscientes de los riesgos de ruptura, los organizadores de los cárteles, junto con los acuerdos, establecen medidas disciplinarias e, incluso, sanciones. La disciplina es más sencilla en contextos en los que operan pocos operadores o existen barreras que dificultan la entrada de competidores. Lógicamente, dichas medidas, junto con el riesgo de sanción en el caso de detección del cartel, incrementan los costes de transacción que suponen el establecimiento de acuerdos para no competir. Los operadores económicos toman en consideración la probabilidad de ser detectados y sancionados a la hora de decidir si forman parte del acuerdo o no. En términos económicos, el reforzamiento de las sanciones se traduce en una reducción de los

²⁶ Esto es verdad siempre que un operador económico aumente los precios de los bienes o servicios que ofrece siempre que los demás no bajen los suyos.

beneficios esperados y en una menor probabilidad de formación de cárteles. Por ello, si los costes de transacción —costes de formación y de administración del cártel y riesgo de ser detectado— son elevados, será menos probable que un cártel se organice.

En el caso de las *Compañías de seguro decenal* se dice que «el cumplimiento de lo acordado fue objeto de una estrecha vigilancia». En el asunto de los *Almacenes de hierro*, «se creó un equipo de seguimiento de la UAHE para vigilar los acuerdos tomados de nueva forma de facturación». En las reuniones había un punto del orden del día con el título «Seguimiento de la implementación del nuevo sistema de facturación». En el expediente *Vinos finos de Jerez*, se afirma que «en una primera fase el seguimiento se realizaba entre todos en las reuniones que mantenían periódicamente. En la segunda fase se propone un registro de los contratos de suministro, la declaración al CR de los precios de exportación para evitar dumping y la creación de una mesa de coordinación».

En relación con las represalias, en el expediente *Plataforma de mejillón*, se dice que «el sector conservero se planteará incluso el parar de comprar mejillón de manera conjunta como sector». En el caso de *Almacenes de hierro*, se recoge que «la UAME diseñó una estrategia de seguimiento de la aplicación del acuerdo que preveía mecanismos de represalia». En el expediente *Hormigón y productos relacionados* se habla de la «existencia de posibles represalias por parte de algunas empresas participantes en los acuerdos imputados consistentes en la negativa de suministro de áridos a la denunciante». En el caso *Coches de alquiler*, puede leerse que «en algunos casos se adoptaron medidas de presión». Un operador afirmó que «no podemos aguantar más tiempo la bajada de reservas que este competidor está ocasionando al resto» y, por ello, en una reunión se acordó «manifestarse de forma periódica [...] para protestar contra las empresas que no cumplan los mínimos y pretendan bloquear tanto las actuales salidas de las campas como las plazas de parking, circulando de forma extremadamente lenta por nuestra zona».

Como puede comprobarse, en ocasiones, la disciplina del cártel exige medidas de presión que van más allá de los comportamientos empresariales estratégicos.

H. LAS ASOCIACIONES EMPRESARIALES Y LOS CÁRTELES

La existencia de asociaciones empresariales organizadas contribuye a reducir los costes de formación y administración de los cárteles. Lo mismo sucede cuando el número de operadores es reducido y, en consecuencia, el coeficiente de concentración es muy elevado.

En relación con la participación de las Asociaciones empresariales en la organización y administración de los cárteles pueden mencionarse los expedientes *Almacenes de hierro*, *Transportes Barcelona* (con relaciones verticales entre sí), *Vinos finos de Jerez*, citado, *Productores de uva y vinos de Jerez*, *Plataforma del mejillón* y *Peluquería profesional*, entre otros.

En el caso *Coches de alquiler*, se sostiene que «han sido imputados en este expediente sancionador las asociaciones AECA y AESVA por desplegar en el seno del cártel una conducta que puede ser calificada de organización y vigilancia de la ejecución de la infracción».

La frecuencia con que las organizaciones empresariales son la base sobre la que se edifican conductas cartelizadas aconseja el desarrollo de una estrategia de vigilancia sobre las mismas.

I. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMO COOPERADORA DE LOS CÁRTELES

No sólo contribuyen las asociaciones empresariales. En ocasiones, es la propia administración la que impulsa o refuerza el cártel. Esta participación puede verse en los expedientes *Vinos finos de Jerez*, *Productores de uva y vino de Jerez* y *Plataforma del mejillón*²⁷.

Sobre esta cuestión debería aclararse la responsabilidad de los administradores públicos y dejar claro, de forma inequívoca, que las administraciones públicas no pueden ser cooperadoras necesarias de los cárteles.

J. UNA CUOTA DE MERCADO ELEVADA FACILITA EL CÁRTEL

Por regla general, la cuota del mercado de los cárteles es elevada. Los cárteles son potentes y se acercan a situaciones de monopolio infringiendo un daño relevante a sus clientes. No siempre hay datos al respecto por deficiencias en la instrucción pero la información contenida en los expedientes ofrece, en ocasiones, una información elocuente. Como ejemplos pueden mencionarse los siguientes expedientes: *Gestión de recursos sanitarios* (100 por 100), *Hormigón y productos relacionados* (100 por 100), *Unión de Almacenistas de hierro de España* (90 por 100), *Vinos finos de Jerez* (90 por 100), *Envases hortofrutícolas* (80 por 100), *Transportes Barcelona* (76 por 100) y *Navieras Ceuta-2* (100 por 100). En estos casos, la diferencia entre el cártel y un monopolio es tenue y el daño causado al interés general es relevante. Por esta razón, no se entiende la resistencia a evaluar los efectos reales de las conductas de los cárteles en función de dichos efectos.

K. LAS ÁREAS REDUCIDAS FACILITAN LA FORMACIÓN DE CÁRTELES

Tampoco es infrecuente que los cárteles se organicen sobre la base de empresas que operan en áreas reducidas. En estos casos los costes de coordinación se reducen significativamente. Pueden mencionarse, por ejemplo, los casos *Almacenes hierro*, *Transportes Barcelona*, *Hormigón y productos relacionados*, *Vinos finos de Jerez* y *Productores de uva y vinos de Jerez*,

²⁷ Sobre esta cuestión, véase J. COSTAS y J. HORTALÀ (2014).

Asfaltos, Plataforma del mejillón, Coches de alquiler, Navieras Ceuta-2 y Distribuidores saneamiento.

En el caso *Plataforma del mejillón*, la actividad del cártel era la producción y comercialización del mejillón de ámbito no superior al nacional. En el asunto *Peluquería profesional*, citado, la referencia es en la fabricación y/o comercialización de productos de cuidados del cabello y, más estrictamente, el sector de peluquería profesional en el mercado geográfico español. En el expediente *Coches de alquiler* el cártel afectó «al mercado de alquiler de vehículos sin conductor a corto plazo, estrechamente ligado al turismo, afectando fundamentalmente a las Comunidades Autónomas de Cataluña, Valencia, Andalucía y Baleares, donde ha sido especialmente dañino». En el asunto *Navieras Ceuta-2*, el mercado afectado era el de «transporte de pasajeros y vehículos en la línea marítima que une Algeciras y Ceuta». También puede mencionarse el caso *Distribuidores saneamiento* que afectó a la «venta al por mayor de materiales con los que se procede a la instalación, mantenimiento y reparación de conducciones de agua y otros fluidos, así como de otros servicios sanitarios, de calefacción y/o refrigeración en edificios».

Una de las razones esgrimidas para impulsar la creación de autoridades subcentrales de defensa de la competencia era, precisamente, la detección de estos cárteles de alcance geográfico reducido. Desde esta perspectiva, la estrategia no ha sido, precisamente, un éxito. En ocasiones, incluso, la intervención de las autoridades subcentrales no ha sido pro-competencia.

L. LOS CÁRTELES, CON FRECUENCIA, SE ROMPEN

Ciertamente, algunos cárteles están bien organizados y cuentan con una larga vida. Este hecho revela un fallo de la ADC pero también mucha habilidad por parte de los cartelistas. Algunos ejemplos son elocuentes. El cártel de la *Peluquería profesional* es un buen ejemplo de longevidad que ha reportado elevados beneficios extraordinarios a sus integrantes y, en consecuencia, una relevante pérdida de bienestar a los consumidores.

En el caso *Fabricantes de Gel*, «Sara Lee, ante la pérdida de cuota reaccionó procediendo al extrallenado y reduciendo precios mientras que Puig no hizo nada y Colgate mantuvo el formato y bajó precios». Además, en el expediente se acreditó que, en otras circunstancias, Puig redujo sus precios de tarifa de forma significativa mientras que Henkel y Sara Lee «optaron por denunciar la existencia del cártel el primer día de aplicación del programa de clemencia».

En el asunto *Vinos finos de Jerez*, se afirma que algunos de los miembros del cártel no estuvieron dispuestos a cumplir los acuerdos en su totalidad. En el caso *Gestión de recursos sanitarios*, uno de los denunciantes sostuvo: «No me gusta que compartamos estrategias para que luego Consenur actúe de forma independiente y unilateral». En relación con el expediente *Envases hortofrutícolas*, se dice que «los acuerdos fueron puestos en práctica, al

margen de incumplimientos más o menos puntuales». En el caso *Productores de vino y mosto de Jerez*, se afirma que «los incumplimientos fueron una constante a lo largo de los años». En el caso *Navieras Ceuta-2*, se habla de «continuos incumplimientos» que hacen que un operador dé por terminado su compromiso. En el expediente *Distribuidores saneamiento* se afirma que «es cierto que algunas empresas abandonaron el cártel». En relación con el caso *Coches de alquiler*, se sostiene que «hay brokers que empiezan a trabajar con otros proveedores (fuera de nosotros) que les dejan vender por debajo de los mínimos [...] y una medida sería bajar los PVP para competir con esta competencia».

Cabe suponer que, en muchos casos, las barreras de entrada protegen a los cárteles facilitando su supervivencia. Por esta razón, la lucha entre las barreras debería ser una de las estrategias fundamentales de las ADC.

M. ABOGADOS, NOTARIOS Y CENSORES JURADOS, COOPERADORES DE LOS CÁRTELES

No quiero dejar de señalar que los cárteles cuentan, en ocasiones, con el asesoramiento de abogados, notarios o censores jurados. Tal asesoramiento, no siempre eficiente, puede observarse en expedientes como *Almacenes de hierro* (asesor legal), *Hormigón y productos relacionados* (abogado), *Transitarios* (abogado) y *Peluquería profesional* (censor jurado, notario).

N. LA RELEVANCIA DE LAS BARRERAS DE ENTRADA

Como se ha mencionado, las barreras de entrada, en ocasiones determinantes, pueden explicarse por la propia naturaleza del mercado o pueden ser erigidas por los propios cartelistas. En el expediente *Asfaltos*, se dice que «su suministro se limita a un radio máximo de entre 80 y 100 km desde la planta asfáltica, lo que dificulta la irrupción de nuevos oferentes. En el caso *Licitaciones carreteras*, puede leerse en el expediente que «la empresa no tuvo más remedio que participar en dicho cártel dado que la existencia del mismo hacía imposible que pudiera desarrollarse y crecer geográficamente sin formar parte de él y, además, temía que la no participación en el acuerdo le dificultara su misma supervivencia, dado el número e importancia de empresas involucradas».

En estas circunstancias, el mejor remedio es la liberalización de los mercados.

6. CONCLUSIONES

Los cárteles no siempre han sido objeto de reprobación. La aplicación del análisis económico ha permitido poner de manifiesto sus efectos negativos sobre los consumidores y sobre el bienestar económico. En conse-

cuencia, actualmente son objeto de escrutinio por las ADC, en ocasiones de forma obsesiva y, con frecuencia, con escasa utilización del análisis económico y de la consideración de sus efectos sobre los mercados relevantes afectados por sus conductas.

Con el fin de contribuir a la racionalidad de la lucha contra los cárteles se ofrece una definición más precisa que la utilizada habitualmente por las ADC que traduce una frecuente obsesión que luego no se ve refrendada por un análisis rigurosos apoyado en los instrumentos que ofrece el análisis económico.

La obsesión, en ocasiones, conduce a calificar como acuerdos de cártel a conductas que no merecen tal calificativo. La despreocupación se traduce en un abandono frecuente del análisis económico de los efectos de las conductas y, en consecuencia, una insuficiente justificación de las sanciones y, en particular, de su cuantía.

Dada la proliferación de los cárteles se sugiere desarrollar una estrategia intencionada con el fin de: *a)* destruir barreras de entrada; *b)* impedir que las Administraciones públicas sean cooperadoras necesarias de los cárteles, y *c)* imponer fuertes costes de transacción a cualquier intento de cartelizar la economía, incluyendo a sus colaboradores o impulsores.

RESOLUCIONES MENCIONADAS

- *Taxis Barcelona*: expediente 452/99, de 29 de mayo de 2000.
- *Transportes Barcelona*: expediente 623/07, de 1 de abril de 2008.
- *Compañías de seguro decenal*: expediente S/0037/08, de 12 de noviembre de 2009.
- *Gestión de residuos sanitarios*: expediente S/0014/07, de 18 de enero de 2010.
- *Fabricantes de Gel*: expediente S/0084/08, de 21 de enero de 2010.
- *Almacenes hierro*: expediente S/0106/08, de 17 de mayo de 2010.
- *Vinos finos de Jerez*: expediente S/0091/08, de 28 de junio de 2010.
- *Transitarios*: expediente S/0120/08, de 31 de julio de 2010.
- *Peluquería Profesional*: expediente S/0086/08, de 2 de marzo de 2011.
- *Plataforma del mejillón*: expediente S/0107/08, de 26 de abril de 2011.
- *Productores de uva y vinos de Jerez*: expediente S/0167/09, de 6 de octubre de 2011.
- *Licitaciones de carreteras*: expediente S/0226/10, de 19 de octubre de 2011.
- *Asfaltos*: expediente S/0192/09, de 26 de octubre de 2011.
- *Navieras Ceuta-2*: expediente S/024/10, de 10 de noviembre de 2011.
- *Envases hortofrutícolas*: expediente S/0251/10, de 2 de diciembre de 2011.

- *Hormigón y productos relacionados*: expediente S/0179/09, de 12 de enero de 2012.
- *Distribuidores saneamiento*: expediente S/0303/10, de 23 de mayo de 2013.
- *Coches de alquiler*: expediente S/0380/11, de 30 de julio de 2013.

REFERENCIAS

- BERLE, A. A. [(1954) 1958]: *La revolución capitalista del siglo xx*, Vergara editorial.
- BERENGUER, L. (2006): *Prólogo*, en CREUS (2006).
- CARLTON, D. W., y PERLOFF, J. M. (2005): *Modern Industrial Organization*, 4.ª ed., Pearson.
- CASES, LI. (2010) (dir): *Anuario de la Competencia 2009*, Fundación ICO, Universidad Autónoma de Barcelona.
- (2014) (dir.): *Anuario de la Competencia 2013*, Fundación ICO, Marcial Pons.
- CLARK, J. B., y CLARK, J. M. [(1912) 1971]: *The Control of Trusts*, A. M. Kelley.
- CORTI, J. (2013): *Tipología de cárteles duros. Un estudio de los casos resueltos por la CNC*, Documento de trabajo. Serie Política de la Competencia, núm. 33/2013, CEU instituto Universitario de Estudios Europeos.
- COSTAS, J., y HORTALÀ, J. (2014): «La tipificación de la actividad de la Administración como facilitadora de cárteles», en CASES (2014).
- CRANDALL, R. W., y WINSTON, C. (2003): «Does Antitrust Policy Improve Consumer Welfare? Assessing the Evidence», *Journal of Economic Perspectives*, 17.
- CREUS, A. (2006): *Código de la competencia*, La Ley.
- CUERDO, M. (2014): «Políticas de competencia y programas de clemencia: una revisión desde la economía del Derecho», en CASES (2014).
- DUPUIT, A. J. E. [(1844) 1995]: «De la mesure de l'utilité des travaux publics», *Annales des ponts et chaussées, Revue Française d'Économie*.
- GALBRAITH, J. K. [(1952) 1964]: *Capitalismo americano. El concepto del poder compensador*, 3.ª ed., Ariel.
- GUTIÉRREZ, I., y COSTAS, J. E. (2010): «Justificación jurídico-económica de las conductas por objeto», en CASES (2010).
- HARBERGER, A. C. (1954): «Monopoly and resource allocation», *American Economic Review*, 44:2.
- JENNY, F. (2007): «Le rôle de l'analyse économique dans le contrôle exercé par la Cour de cassation en matière de droit de la concurrence», *Concurrences*, 4.
- MARSHALL, A. [(1890) 2005]: *Principios de Economía*, Fundación ICO.
- MARTÍNEZ LAGE, S., y PETITBÒ, A. (2006): *El abuso de posición de dominio*, Fundación Rafael del Pino, Marcial Pons.
- MUND, V. A. (1948): *Open Markets*, Harper & Brothers.
- NEUMANN, M., y WEIGAND, J. (2004) (eds.): *The International Handbook of Competition*, Edward Elgar.
- PEDRAZ, M., y ORDÓÑEZ SOLÍS, D. (2014) (coord.): *El Derecho europeo de la Competencia y su aplicación en España*, Fundación Wolters Kluwer.
- PETITBÒ, A. (2013): «La defensa de la competencia. Derecho y economía», en RUIZ OJEDA (dir.) (2013).
- (2014): «Los cárteles y la ruptura de la competencia. La utilidad del análisis económico. Un ejemplo de monosopnio», en PEDRAZ, M., y ORDÓÑEZ SOLÍS, D. (2014).

- PINDYCK, R. S., y RUBINFELD, D. L. [(1995) 2001]: *Microeconomics*, 5.ª ed., Prentice Hall.
- PIOTROWSKI, R. (1933): *Cartels and Trusts: Their Origin and Historical Development from the Economic and Legal Aspects*, George Allen & Unwin.
- POSNER, R. A. [(1972) 1986]: *Economic Analysis of Law*, 3.ª ed., Little, Brown and Co.
- REY, P. *et al.* (2006): «Un enfoque económico del art. 82», en MARTÍNEZ LAGE y PETITBÒ (2006).
- RINCÓN, A. (2013): *¿Qué es un cártel para la CNC?*, Documento de Trabajo. Serie Política de la Competencia, núm. 32/2013, CEU Instituto Universitario de Estudios Europeos.
- ROWLEY, Ch., y RATHBONE, A. (2004): «Political Economy of antitrust», en *Neumann, Weigand* (2004).
- RUIZ OJEDA, A. (dir.) (2013): *Fundamentos de regulación y Competencia. El Diálogo entre Derecho y Economía para el Análisis de las Políticas Públicas*, Ministerio de Ciencia e Innovación, Iustel.
- SCHERER, F. M., y ROSS, D. (1990): *Industrial Market Structure and Economic Performance*, 3rd. ed., Houghton Mifflin Co.
- SUSLOW, V. Y. (2001): «Cartel contract deviation: empirical evidence from international cartels», *Working Paper*, No. E-88-7, Hoover Institution, October.
- TIROLE, J. [(1988) 1990]: *La teoría de la organización industrial*, Ariel Economía.

PROCESO DE CONSOLIDACIÓN DEL SECTOR DE LAS COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS MÓVILES: ANÁLISIS DE LAS ÚLTIMAS CONCENTRACIONES COMUNITARIAS

Jordi FORNELLS DE FRUTOS*

José Luis FERRERO GÓMEZ**

1. INTRODUCCIÓN

El sector de las comunicaciones electrónicas móviles en la Unión Europea se caracteriza por estar claramente fragmentado en mercados nacionales. Si bien existen determinados operadores con presencia simultánea en varios ámbitos nacionales (como Telefónica, Vodafone u Orange), la estructura de la oferta y las políticas comerciales de los principales operadores difieren país a país.

Esta segmentación en mercados nacionales deriva de múltiples razones, pero una de las más relevantes es que la regulación y la adjudicación del espectro radioeléctrico que es necesario disponer para desplegar una red propia de comunicaciones electrónicas móviles se establece a nivel nacional.

Sin perjuicio de lo anterior, a nivel europeo se está produciendo un significativo proceso de consolidación que está llevando a una paulatina reducción del número de operadores independientes con red propia en cada país, a través de concentraciones entre operadores nacionales, que en los últimos casos ha implicado el paso de cuatro a tres operadores de red (en Austria, Irlanda y Alemania).

Este proceso de consolidación está impulsado por múltiples factores, entre los que se puede destacar las elevadas inversiones que hay que afron-

* Subdirector de Sociedad de la Información de la Dirección de Competencia de la COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA. Las opiniones expresadas en el artículo son de los autores y no de la CNMC.

** Vocal asesor de la Subdirección de Sociedad de la Información de la Dirección de Competencia de la COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA. Las opiniones expresadas en el artículo son de los autores y no de la CNMC.

tar para el despliegue de redes de nueva generación (4G) y las caídas en los ingresos que ha experimentado el sector, impulsadas entre otras razones por las reducciones de los precios mayoristas de terminación de llamados regulados a nivel nacional (en línea con las recomendaciones de la Comisión Europea)¹ y la mayor dinámica competitiva existente.

Dado los elevados volúmenes de negocio que suelen tener los operadores de comunicaciones electrónicas móviles y puesto que éstos suelen estar presentes en varios Estados miembros de la Unión Europea, estas operaciones de concentración económica normalmente tienen dimensión comunitaria y están sometidas a la autorización previa por parte de la Comisión Europea.

Las autoridades de competencia nacionales de algunos Estados miembros afectados por estas operaciones de concentración (en particular, Austria y Alemania) solicitaron que se les trasladase la competencia para autorizar dichas operaciones de concentración, en aplicación del mecanismo de reenvío previsto en el art. 9 del Reglamento (CE) núm. 139/2004, del Consejo, de 20 de enero, sobre el control de concentraciones entre empresas. No obstante, la Comisión Europea ha rechazado estas solicitudes de reenvío con el argumento principal de que quiere preservar una aplicación uniforme del control de concentraciones en el sector de las telecomunicaciones en la Unión Europea.

Por ello, es previsible que ulteriores operaciones de concentración en el sector de las comunicaciones electrónicas móviles en la Unión Europea, incluidas las que puedan afectar a España, estén sometidas a la jurisdicción de la Comisión Europea.

De esta manera, resulta de interés realizar un análisis comparativo de las operaciones de concentración en el sector de las comunicaciones electrónicas móviles que han tenido lugar en Austria, Irlanda y Alemania.

En primer lugar, en este artículo se describen sucintamente estas operaciones de concentración y la estructura de los distintos mercados afectados.

Posteriormente, se recogen de forma conjunta los problemas de competencia detectados por la Comisión Europea en cada una de estas operaciones de concentración.

A continuación, se realiza un análisis comparativo de los compromisos aceptados por la Comisión Europea para autorizar cada una de estas operaciones de concentración, haciendo una valoración sobre su adecuación para resolver los problemas de competencia detectados.

Por último, en la conclusión se contextualizan estas tres operaciones de concentración en el marco de la consolidación del sector de las comunica-

¹ Véase 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 UE (2009/396/CE).

Disponible en http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/AUTO/?uri=uriserv:OJ.L_.2009.124.01.0067.01.SPA.

ciones electrónicas móviles que está teniendo lugar en Europa, valorando el papel que pueden jugar las autoridades de competencia en el mismo.

2. OBJETO DE LAS OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN Y ESTRUCTURA DE MERCADOS AFECTADOS

A. CONCENTRACIÓN EN AUSTRIA: HUTCHISON 3G AUSTRIA/ORANGE AUSTRIA (CASO M.6497)

Esta operación de concentración fue notificada a la Comisión Europea el 7 de mayo de 2012.

Mediante la misma, Hutchison 3G Austria GmbH (H3G Austria) adquiriría el control exclusivo sobre Orange Austria Telecommunications GmbH (Orange Austria), a través de la compra del 100 por 100 de su capital social.

De esta operación estaba excluida Yesss! Telekommunikation GmbH («Yesss!»), filial de Orange Austria, que actuaba como Operador Móvil Virtual (OMV) sobre su red móvil, y que con carácter previo a la operación de concentración debía ser vendido a Telekom Austria AG, propietario del operador móvil A1, líder en Austria.

H3G Austria es un operador con red de comunicaciones electrónicas móviles propia en Austria, activo bajo la marca «3», y es propiedad del conglomerado Hutchison Whampoa Limited². Antes de la operación de concentración H3G Austria era el cuarto operador en términos de cuota de mercado en Austria.

Orange Austria era también un operador con red de comunicaciones electrónicas móviles propia en Austria, que se situaba como tercer operador en términos de cuota de mercado.

La Comisión Europea acordó la apertura de la segunda fase de análisis de esta operación de concentración el 28 de junio de 2012.

La operación de concentración fue finalmente autorizada el 12 de diciembre de 2012³, subordinada al cumplimiento de los compromisos presentados por H3G Austria el 11 de noviembre de 2012.

B. CONCENTRACIÓN EN IRLANDA: HUTCHISON 3G UK/TELEFÓNICA IRELAND (CASO M.6992)

La notificación de esta operación de concentración a la Comisión Europea se produjo el 1 de octubre de 2013.

² En la Unión Europea, Hutchison Whampoa Limited contaba con redes de comunicaciones electrónicas móviles en Dinamarca, Irlanda, Italia, Suecia y el Reino Unido, además de Austria, previamente a esta concentración.

³ La versión no confidencial de esta decisión se encuentra disponible en http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m6497_20121212_20600_3210969_EN.pdf.

En la misma, Hutchison 3G UK Holdings Limited, una filial de Hutchison Whampoa Limited, adquiriría el control exclusivo de Telefónica Ireland Limited (O2 Irlanda), a través de la compra del 100 por 100 de su capital social.

Hutchison Whampoa Limited está presente en el mercado irlandés de comunicaciones electrónicas móviles con una red propia a través de su filial Hutchison 3G Ireland Limited (Three), que opera bajo la marca «3», y se situaba como cuarto operador del mercado irlandés en términos de cuota de mercado.

O2 Irlanda era el segundo operador de Irlanda en términos de cuota de mercado y contaba con una red de comunicaciones electrónicas móviles propia.

El inicio de la segunda fase del análisis de esta operación de concentración tuvo lugar el 6 de noviembre de 2013.

La autorización con compromisos de esta operación de concentración se produjo el 28 de mayo de 2014⁴, sobre la base de los compromisos presentados por la notificante el 6 de mayo de 2014.

C. CONCENTRACIÓN EN ALEMANIA: TELEFÓNICA DEUTSCHLAND E-PLUS (M.7018)

El 31 de octubre de 2013 se notificó a la Comisión Europea esta operación de concentración.

Mediante la misma Telefónica Deutschland Holding AG (Telefónica Deutschland) adquiriría el control exclusivo sobre todos los activos, pasivos y obligaciones contractuales de E-Plus Mobilfunk GmbH & Co. KG (E-Plus), tras la transferencia de los mismos a una sociedad de nueva creación, de la que Telefónica Deutschland dispondría del 100 por 100 del capital social.

Telefónica Deutschland es una filial de Telefónica, S. A.⁵, que cuenta con una red propia de comunicaciones electrónicas móviles en Alemania, donde opera con la marca O2, y se situaba como cuarto operador en términos de cuota de mercado en el momento de notificación de la concentración.

E-Plus contaba con una red propia de comunicaciones electrónicas móviles en Alemania y se situaba como tercer operador en términos de cuota de mercado.

El inicio de la segunda fase del análisis de esta operación de concentración tuvo lugar el 20 de diciembre de 2013.

⁴ Un resumen de esta decisión ha sido publicado en el *Diario Oficial de la Unión Europea*, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2014:264:FULL&from=EN>.

⁵ Telefónica, S. A., contaba con redes móviles propias en España, Reino Unido, Alemania e Irlanda en el momento de notificación de esta concentración, si bien el negocio en Irlanda estaba siendo desinvertido simultáneamente a Hutchison Whampoa Limited.

La autorización con compromisos de esta operación de concentración se produjo el 2 de julio de 2014, aceptando los compromisos presentados por Telefónica Deutschland el 29 de mayo de 2014.

D. ESTRUCTURA DE MERCADOS AFECTADOS

Los mercados de producto considerados en las tres operaciones de concentración analizadas fueron los mismos.

En particular, la Comisión Europea definió los siguientes mercados de producto relevantes:

- servicios minoristas de comunicaciones electrónicas móviles;
- acceso y originación de llamadas al por mayor en redes públicas de telefonía móvil;
- mercado mayorista de la itinerancia internacional; y
- mercado mayorista de la terminación de las llamadas de telefonía móvil.

La Comisión Europea centró su análisis en los dos primeros mercados, pues en los mismos era donde se sustanciaban los efectos sobre la competencia de las operaciones de concentración notificadas.

Dentro del mercado de servicios minoristas de comunicaciones electrónicas móviles, la Comisión Europea constató la existencia de distintos segmentos desde el punto de la demanda, pero que por sí mismos no podían llegar a ser considerados mercados diferenciados. En particular, la Comisión Europea tuvo en cuenta que en este mercado se podían distinguir:

- servicios de prepago y de postpago (contrato);
- servicios de voz y datos, servicios sólo datos (*datacards*) y servicios máquina a máquina (M2M);
- servicios a clientes particulares y a clientes empresariales.

En todo caso, a la hora de analizar los efectos de las operaciones de concentración notificadas, la Comisión Europea estudió cómo afectaban las mismas a la dinámica competitiva en los distintos segmentos.

En lo que respecta a los mercados geográficos relevantes, la Comisión Europea consideró en todos los casos que eran nacionales, teniendo en cuenta la significativa uniformidad de las políticas comerciales de los principales operadores dentro de cada país, así como las diferencias en la regulación del espectro radioeléctrico y en las políticas comerciales entre los distintos países de la Unión Europea.

a) *Estructura de la oferta en Austria*

Con carácter previo a la operación de concentración en Austria existían cuatro operadores de red de comunicaciones electrónicas móviles. Los dos primeros, A1 y T-Mobile, entraron en el mercado austriaco en 1996 y con-

taban con cantidades significativas de espectro en las principales frecuencias de comunicaciones electrónicas móviles⁶. El tercer operador en entrar fue Orange Austria (1998) y disponía de espectro en las mismas bandas de frecuencias que los primeros dos operadores, si bien tenía mucha menor cantidad en 900 MHz⁷.

H3G Austria fue el cuarto operador de red en entrar en Austria (en 2003), sólo disponía de frecuencias en las bandas altas (2.100 MHz y 2.600 MHz) y únicamente proporcionaba con su propia red servicios 3G. De cara a poder prestar servicios 2G y tener cobertura nacional, H3G disponía de un acuerdo de itinerancia nacional con A1, que le permitía utilizar la red de este operador para dar servicios 2G a sus clientes en todo el territorio de Austria. Este acuerdo estaba vigente hasta finales de 2013 e iba a ser sustituido a su vencimiento por otro acuerdo de itinerancia nacional con T-Mobile.

En el momento de la concentración ningún operador había comenzado a desplegar redes 4G.

Las cuotas de mercado de estos cuatro operadores eran en 2011 en términos de abonados: A1, 40-50 por 100⁸; T-Mobile, 30-40 por 100; Orange Austria, 10-20 por 100⁹, y H3G Austria, 10-20 por 100. Tras la concentración H3G Austria pasaría a tener el 20-30 por 100 de los abonados (referido a 2011).

Aparte de estos cuatro operadores de red, existía un OMV independiente en Austria, Vectone¹⁰, si bien con una cuota de mercado reducida (0-5 por 100 en abonados en 2011), y además su estrategia de negocio estaba dirigida a las llamadas internacionales de inmigrantes.

Asimismo, en Austria existían numerosos revendedores de los servicios de comunicaciones electrónicas móviles, si bien todos ellos tenían cuotas de mercado marginales.

b) *Estructura de la oferta en Irlanda*

En Irlanda existían cuatro operadores de red en la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas móviles.

La primera en entrar en el mercado fue la red de Vodafone¹¹ (1984), como antiguo monopolista de servicios de comunicaciones electrónicas

⁶ 900 MHz, 1.800 MHz, 2.100 MHz y 2.600 MHz. Las frecuencias de 800 MHz no habían sido asignadas a ningún operador en el momento de realizarse la operación de concentración.

⁷ El espectro en 900 MHz es especialmente adecuado para cubrir zonas rurales (por su mayor alcance que las bandas de frecuencias más altas) y para complementar la cobertura en zonas urbanas (porque penetra mejor en los edificios, lo que permite dar mayor calidad a las comunicaciones electrónicas móviles).

⁸ Incluyendo a Yesss!, que tenía una cuota de 5-10 por 100 en 2011 en términos de abonados.

⁹ Sin incluir a Yesss!.

¹⁰ Vectone utiliza la red móvil de A1, que es su proveedor de servicios de acceso y originación de comunicaciones electrónicas móviles.

¹¹ Si bien inicialmente era propiedad de Eircom, hasta que fue adquirida por Vodafone en 2001.

móviles de primera generación. La segunda red en entrar fue la de O2, en 1997, y la tercera la de Eircom, en 2001¹². Estos tres operadores tenían frecuencias, en cantidades similares, en las bandas de 900 MHz, 1.800 MHz y 2.100 MHz¹³. En todo caso, Eircom inicialmente no llegó a desplegar red propia en las zonas rurales del oeste de Irlanda, por lo que cubría esta zona a través de un acuerdo de itinerancia nacional con la red 2G de Vodafone.

Adicionalmente, conviene tener en cuenta que en 2011 Eircom y O2 firmaron un acuerdo de despliegue conjunto para la compartición de emplazamientos e infraestructuras activas de sus redes móviles.

El último operador de red en entrar en el mercado irlandés fue Three, en 2005, si bien sólo disponía de frecuencias en la banda 2.100 MHz. Para completar su cobertura y poder prestar servicios 2G, Three firmó un acuerdo de itinerancia nacional con Vodafone. Además, en 2012 Three firmó un acuerdo con Vodafone para la consolidación y compartición de emplazamientos y otras infraestructuras pasivas de sus redes.

Por otra parte, en 2012 el regulador irlandés subastó el espectro de las bandas de frecuencias de 900 MHz y 1.800 MHz que vencía en 2013, que fue adjudicado en cantidades más o menos similares a los cuatro operadores de red. Asimismo, en esta subasta se adjudicaron frecuencias en la banda de 800 MHz, que se repartieron entre Vodafone, O2 y Eircom.

Vodafone, Eircom y Three habían comenzado a desplegar redes propias de 4G antes de la concentración, mientras que O2 estaba pendiente de hacerlo.

En 2013, Vodafone era el líder del mercado, con una cuota del 38 por 100 por número de abonados y del 44 por 100 por ingresos. O2, incluido Tesco Mobile¹⁴, era el segundo operador, con una cuota de mercado del 31 por 100 por número de abonados y del 28 por 100 en ingresos. Eircom tenía una cuota de mercado del 19 por 100 por número de abonados y del 18 por 100 por ingresos. Por último, Three tenía una cuota de mercado del 10 por 100 por número de abonados y del 10 por 100 por ingresos.

En Irlanda existían tres OMV independientes en el momento de la concentración (Postfone desde 2010, Lycamobile desde 2012 y Blueface desde 2012), estando cada uno de ellos alojado en las redes de Vodafone, O2 y Three, respectivamente. No obstante, estos OMV tienen cuotas de mercado muy reducidas, no superiores conjuntamente al 3 por 100 en 2013 en términos de abonados.

c) *Estructura de la oferta en Alemania*

En el momento de notificarse la operación de concentración existían en Alemania cuatro redes de comunicaciones electrónicas móviles.

¹² Inicialmente esta red era propiedad de Meteor, hasta que fue adquirida por Eircom en 2005.

¹³ Las concesiones de las frecuencias en 900 MHz y 1.800 MHz expiraban en 2013, y las de 2.100 MHz en 2022.

¹⁴ Un OMV alojado en la red de O2 que está controlado conjuntamente por O2 y Tesco.

El primero en entrar fue Deutsche Telekom, como antiguo monopolista de estos servicios. En el año 2000 entró en el mercado alemán Vodafone (tras comprar a Mannesmann, que había entrado en 1992); en 1993 se incorporó E-Plus y en 2006 Telefónica Deutschland (tras la compra de Viag Interkom/O2, que había entrado en 1995).

Los cuatro operadores de red disponen de espectro en las bandas de 900 MHz, 1.800 MHz, 2.000 MHz y 2.600 MHz, si bien Telefónica Deutschland y E-Plus disponen individual y conjuntamente de un espectro más reducido en la banda de 900 MHz. En 800 MHz disponen de espectro Deutsche Telekom, Vodafone y Telefónica Deutschland.

Además, hay que tener en cuenta que una parte significativa de las concesiones de frecuencias en 900 MHz y 1.800 MHz expiran a finales de 2016, por lo que el regulador alemán prevé subastarlo a principios de 2015.

Los cuatro operadores de red han desplegado redes propias 4G, si bien el despliegue de Telefónica Deutschland y E-Plus es más lento que el de Deutsche Telekom y Vodafone.

El mercado de comunicaciones electrónicas móviles alemán es el mayor de la Unión Europea, tanto en términos de abonados como de ingresos.

En términos de líneas, las tarjetas de prepago tienen un peso muy relevante, del 40-50 por 100. Sin embargo, en términos de ingresos el peso de los clientes finales prepago es mucho más reducido, del 10-20 por 100.

En función de la cuota de mercado en líneas en 2013, Deutsche Telekom es el primer operador, con 20-30 por 100, Vodafone el segundo, con 15-25 por 100, E-Plus el tercero, con 15-25 por 100, y Telefónica Deutschland el cuarto, con 10-20 por 100.

No obstante, en términos de ingresos la cuota de E-Plus y Telefónica Deutschland cae por su mayor peso relativo en el segmento prepago.

Tras la concentración la entidad resultante se configurará como primer operador en líneas, pero tercero en ingresos, aunque a poca distancia de los otros dos operadores de red.

Por otra parte, en Alemania existe un número importante de OMV. Sin embargo, es necesario diferenciar entre OMV completos (con red *core* propia y mayor capacidad de diferenciación) de los OMV no completos (que no tienen red propia y dependen de su *host* de forma más significativa).

Los OMV completos existentes en Alemania en el momento de la concentración eran OnePhone, Sipgate, Lycamobile, Lebara y Truphone, pero tienen conjuntamente una cuota muy reducida (0-5 por 100) en términos de abonados e ingresos en 2013.

En cambio, había unos 20 OMV no completos en Alemania, que se benefician de la existencia de obligaciones regulatorias para obtener servicios de acceso y originación de comunicaciones electrónicas móviles. Entre los mismos destacan Freenet (10-15 por 100 de cuota en líneas en 2013, y con acuerdos con los cuatro operadores de red), 1&1 (0-5 por 100 de cuota en

líneas en 2013, y con acuerdos con Vodafone y E-Plus) y Drillisch (0-5 por 100 de cuota en líneas en 2013, y con acuerdos con Vodafone y Telefónica Deutschland).

La mayor parte de las líneas e ingresos de estos OMV se obtienen utilizando las redes de Vodafone y de Deutsche Telekom.

3. ANÁLISIS DE LOS EFECTOS DE LAS OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN

En las tres operaciones de concentración la Comisión Europea hace un análisis muy similar de los efectos de las mismas sobre la competencia efectiva, sin perjuicio de algunas diferencias, que responden a las características específicas de los mercados afectados en Austria, Irlanda y Alemania.

Estos análisis se centran en el mercado minorista de comunicaciones electrónicas móviles, si bien en algunos casos también se incide en los efectos de las operaciones de concentración sobre el mercado mayorista de acceso y originación de llamadas al por mayor en redes públicas de telefonía móvil.

Las similitudes en los análisis se deben a que en las tres concentraciones los mercados afectados tienen una estructura oligopolística, con fuertes barreras para la entrada de nuevos operadores de red móvil.

Los problemas de competencia detectados por la Comisión Europea son de naturaleza fundamentalmente unilateral y horizontal, al pasar de cuatro a tres operadores de red en todos los casos, y derivan principalmente de la pérdida de la presión competitiva de las partes de las operaciones de concentración en los mercados afectados.

En este sentido, conviene destacar que en las tres concentraciones se suelen ver implicados los operadores de red más pequeños de los mercados afectados (el cuarto compra al tercero en Austria; el cuarto al segundo en Irlanda y el cuarto al tercero en Alemania) y que la entidad resultante de las mismas normalmente no llega a ser el primer operador de los mercados afectados o aun siéndolo, se sitúa a poca distancia de sus competidores.

Por ello, los problemas de competencia detectados por la Comisión Europea no derivan de que el poder de mercado de la entidad resultante en las tres concentraciones se refuerce muy significativamente, sino de los efectos que tiene sobre la dinámica competitiva en los mercados afectados la desaparición como operadores independientes de las partes de la concentración.

Para ello, la Comisión Europea tiene en cuenta que las partes de cada operación suelen ser operadores muy dinámicos, que compiten con estrategias de precios y productos comerciales agresivos, y cuya presión competitiva va más allá de la que refleja su cuota de mercado, siendo muy significativa en todos o algunos de los segmentos de la demanda de los servicios minoristas de comunicaciones electrónicas móviles.

En particular, la entidad resultante tiene menos incentivos a actuar agresivamente en el mercado, porque ésta pasa a contar con una escala muy parecida a la de sus principales competidores y podría verse forzada a trasladar las mejores condiciones comerciales que venía ofreciendo a una base de clientes más amplia, lo que le perjudicaría.

Asimismo, la Comisión Europea también toma en consideración que las partes de cada concentración suelen ser competidores cercanos, con elevadas tasas de trasvase de clientes entre los mismos.

Adicionalmente, como consecuencia de la estructura oligopolística de los mercados afectados, la Comisión Europea tiene presente que el resto de competidores de red tendrían pocos incentivos a contrarrestar subidas de precios que pudiese aplicar la entidad resultante, pues las mismas beneficiarían a todos los operadores de red, dadas las elevadas barreras a la entrada existentes y la falta de poder compensatorio de la demanda.

En el caso irlandés, la Comisión Europea tuvo en cuenta que tras la operación de concentración el operador de red más pequeño, Eircom, pasaría a depender significativamente de la entidad resultante, como consecuencia de su acuerdo previo de compartición de infraestructuras pasivas y activas de red móvil con O2, lo que podría ser utilizado por Three para disciplinar la presión competitiva de Eircom, con la amenaza de bloquear o poner término a este acuerdo de compartición.

Respecto a las barreras a la entrada, la Comisión Europea consideró que la entrada de nuevos operadores de red de comunicaciones electrónicas móviles en los mercados afectados era muy poco probable, dada la falta de disponibilidad de espectro, los costes de despliegue de nuevas redes, la necesidad de disponer acuerdos de itinerancia nacional para comenzar a operar, etcétera.

Por otra parte, la Comisión Europea consideró que los OMV existentes o potenciales entrantes en los distintos mercados no podían compensar la pérdida de presión competitiva que generaba la desaparición de un operador de red, teniendo en cuenta las condiciones mayoristas que recibían antes de la operación de concentración, los menores incentivos de los operadores de red que quedaban tras las concentraciones a dar condiciones mayoristas atractivas, la elevada dependencia de los OMV respecto a los operadores de red y las dificultades de los OMV para ganar cuota de mercado.

Para reforzar su análisis, la Comisión Europea modelizó en las tres concentraciones la posible evolución de los precios tras la concentración, teniendo en cuenta los precios, márgenes, coeficientes de cambio de clientes observados en el mercado y varios supuestos de demanda.

En el caso austriaco, la conclusión del modelo de la Comisión Europea es que la operación propuesta daría lugar a un importante aumento de los precios en los distintos segmentos afectados, especialmente en el de pospago, con subidas del 10-20 por 100.

En el caso irlandés, las subidas de precios estimadas por los modelos de la Comisión Europea eran del 3-4 por 100 en el mercado minorista general y del 4-6 por 100 en el segmento de postpago.

En el caso alemán, la Comisión Europea estimó en sus modelos unas subidas de precios en el rango entre el 5-8 por 100, siendo superiores en prepago (9-15 por 100) que en postpago (4-6 por 100).

Un aspecto del análisis de la Comisión Europea que presenta grandes divergencias en los tres casos es el enfoque dado al estudio de los posibles efectos coordinados derivados de la operación de concentración.

En el caso austriaco, la Comisión Europea consideraba que la estructura oligopolística de los mercados afectados podría generarlos, pero los descarta sin justificar las razones.

En el caso irlandés, la Comisión Europea hizo un análisis más detallado y consideró que la concentración podía hacer más probable y sostenible la coordinación entre los tres operadores de red, pero a la vez tuvo en cuenta que el menor tamaño y la diferente estructura de costes de Eircom podían incentivar a este operador a desviarse de dicha coordinación.

En el caso alemán, la Comisión Europea volvió a descartar estos efectos coordinados sin aportar razones detalladas.

No obstante, en los tres casos la Comisión Europea señalaba que no era necesario pronunciarse de forma definitiva sobre la existencia de estos efectos coordinados, pues consideraba que los compromisos presentados resolverían también los potenciales problemas de competencia derivados de los mismos.

Por último, las notificantes consideraban que las operaciones de concentración daban lugar a eficiencias derivadas, entre otras cuestiones, de la mejor calidad o cobertura de las redes, sinergia en equipamientos e infraestructuras, ahorros de costes comunes y de comercialización, etc. Sin embargo, la Comisión Europea descartó que estas supuestas eficiencias compensasen los problemas de competencia de las operaciones de concentración. En muchos casos, la Comisión Europea consideró que las eficiencias no eran específicas de la operación de concentración y no se trasladarían de forma suficiente a los consumidores. Además, en todos los casos, la Comisión Europea consideró que las notificantes no habían cuantificado ni acreditado de forma suficiente dichas eficiencias.

4. ANÁLISIS COMPARATIVO DE LOS COMPROMISOS ACEPTADOS

En las tres operaciones de concentración, la Comisión Europea autorizó las mismas subordinándolas al cumplimiento de determinados compromisos presentados voluntariamente por las notificantes.

Los compromisos aceptados en las tres operaciones de concentración siguen un esquema similar, si bien presentan algunas diferencias significativas, ya sea por las circunstancias específicas del caso o por la mayor experiencia adquirida por la Comisión Europea.

En los tres casos la justificación subyacente a los compromisos es muy similar. Éstos buscan propiciar la entrada de nuevos operadores de comunicaciones electrónicas móviles o reforzar a operadores alternativos ya presentes en los mercados, de tal manera que puedan desarrollar una presión competitiva adicional que contrarreste la pérdida de dinámica competitiva que genera la operación de concentración.

Esta entrada se busca facilitar a través de una doble vía secuencial. En primer lugar, propiciando la aparición de nuevos OMV sobre la base de la red de la entidad resultante o el refuerzo de los OMV ya existentes.

Posteriormente, se persigue posibilitar que se desarrolle un nuevo operador de red en cada país, a través de la cesión de activos de la entidad resultante, fundamentalmente derechos de uso de espectro radioeléctrico y venta o compartición de infraestructuras pasivas. Sin embargo, esta segunda vía es opcional y sólo se aplicará efectivamente si algún operador lo solicita.

A continuación se van a analizar más detalladamente los compromisos aceptados en cada uno de los casos, así como de su grado de implementación efectiva hasta la fecha de redacción de este artículo en octubre de 2014.

A. COMPROMISOS CASO AUSTRIACO (M.6497)

a) *Entrada de nuevos OMV*

El compromiso fundamental en esta concentración era propiciar la entrada de un nuevo OMV en el mercado austriaco, teniendo en cuenta que hasta la fecha sólo Vectone existía como OMV independiente, orientado al segmento de nicho de llamadas internacionales por inmigrantes.

Por ello, H3G Austria se comprometió a no ejecutar la operación de concentración hasta que no hubiese llegado a un acuerdo con un nuevo OMV, previamente autorizado por la Comisión Europea.

Este acuerdo fue firmado entre H3G Austria y UPC (perteneciente al grupo Liberty Global) en octubre de 2012, con carácter previo a la autorización de la operación de concentración.

Adicionalmente, H3G Austria se comprometía a dar acceso mayorista a su red hasta 16 OMV, durante un periodo de diez años, con un techo equivalente al 30 por 100 de la capacidad de la red de comunicaciones electrónicas móviles de la entidad resultante. Este techo de capacidad se iría actualizando según la evolución de los tráficos de voz, mensajes cortos y datos del mercado austriaco.

H3G Austria dejaría de tener esta obligación de dar acceso mayorista a nuevos OMV (aunque tendría que respetar los contratos preexistentes) si entrase en el mercado austriaco un nuevo operador de red o si se hiciese efectivo su compromiso de desinvertir espectro.

Los servicios de acceso que H3G Austria daría a estos OMV (incluido UPC) se basan en una oferta de referencia, que cubre todas las tecnologías actuales o futuras (2G, 3G y 4G) que pueda comercializar H3G Austria, y sólo pueden ser utilizados por los OMV para dar servicio a los clientes finales.

En esta oferta de referencia los precios mayoristas se establecen en términos de capacidad efectivamente consumida. Así, estos precios se fijan en base al número y duración de las llamadas de voz, número de mensajes cortos o volumen de datos¹⁵ canalizados por el OMV a través de la red de H3G. También se incluyen descuentos por volumen agregado anual de pagos en años sucesivos, y un mecanismo de indexación para reflejar los cambios de los precios a nivel general del mercado austriaco o en los precios de H3G Austria.

b) *Desinversión de espectro*

H3G Austria se comprometió a ofrecer la posibilidad de desinvertir 10 MHz pareados en la banda 2.600 MHz a un nuevo operador de red entrante en el mercado austriaco, teniendo en cuenta que el regulador austriaco había pre-reservado asimismo 10 MHz pareados contiguos en la banda 800 MHz, para un posible nuevo entrante en la subasta de espectro que iba a tener lugar en septiembre de 2013, en la que también se ofertaban frecuencias en las bandas de 900 MHz y 1.800 MHz.

Asimismo, H3G Austria se comprometía a ofrecer a este nuevo entrante un contrato de itinerancia nacional, derechos de acceso preferente a sus emplazamientos de cara a la instalación de equipos de red por parte del nuevo entrante, así como la posibilidad de comprar emplazamientos redundantes de la entidad resultante.

Este compromiso sólo sería efectivo si entraba un nuevo operador de red en la subasta de espectro de septiembre de 2013.

c) *Implementación de los compromisos*

La implementación de los compromisos ha sido muy limitada en este caso.

Por una parte, a pesar de que cuenta con el contrato de acceso a la red de H3G Austria como OMV desde 2012, en octubre de 2014 UPC todavía no había lanzado una oferta comercial propia de servicios de comunicaciones electrónicas móviles en Austria. Adicionalmente, hasta esa misma fecha de

¹⁵ En este caso se ofrecen dos opciones, pago por unidades o pago según niveles de consumo.

octubre de 2014 ningún otro OMV había entrado en el mercado austriaco utilizando la red de H3G Austria (en base a los compromisos ofertados), aunque no se puede descartar que más adelante algún OMV, además de UPC, pueda incorporarse por esta vía.

Por otra parte, ningún nuevo entrante se presentó a la subasta de espectro de septiembre de 2013 que convocó el regulador austriaco, por lo que los compromisos de desinversión de espectro han dejado de estar vigentes en la práctica.

Al final de 2013, tal como se recoge en el informe anual del regulador austriaco¹⁶, A1 (incluyendo Yesss!) tenía un 43 por 100 del mercado de comunicaciones móviles en términos de abonados y H3G Austria (incorporando Orange Austria) el 26 por 100. T-Mobile continuaba siendo el segundo operador móvil con un 31 por 100 del mercado. Asimismo, el regulador austriaco ha indicado en ese informe que en último trimestre de 2013 se ha producido una subida de los precios medios del 9-10 por 100.

Por otra parte, el informe de implementación del marco regulatorio comunitario de las comunicaciones electrónicas en Austria, elaborado por la Comisión Europea en 2014¹⁷, indica que tras la ejecución de la operación de concentración en Austria los operadores han comunicado que se han incrementado los precios medios efectivos cobrados, si bien estos precios en Austria pueden ser considerados todavía entre los más bajos de la Unión Europea. Según este mismo informe, como resultado de los remedios impuestos a H3G Austria, es probable que se incorporen al mercado dos nuevos OMV en 2014, si bien no los identifica.

B. COMPROMISOS CASO IRLANDÉS (M.6992)

a) *Entrada de nuevos OMV*

En esta operación de concentración los compromisos buscan asegurar la entrada de dos OMV a través de la red de la entidad resultante, cada uno de ellos con una escala mínima.

A diferencia del caso austriaco, en esta concentración se establecen condicionantes adicionales y se modifica el sistema de facturación a los OMV por el acceso mayorista, de tal manera que se incentive a que la entrada de los OMV sea rápida y efectiva, así como que su actuación en el mercado minorista sea lo más independiente posible de la entidad resultante.

En particular, los OMV adquieren derechos de uso sobre una capacidad fija de la red de comunicaciones electrónicas móviles de la entidad resultante en términos de tráfico o ancho de banda disponible para voz, mensajes cortos y datos. Esta capacidad se calcula como un porcentaje de la capaci-

¹⁶ https://www.rtr.at/de/komp/KBericht2013/32194_C-Report_2013.pdf (p. 192).

¹⁷ <https://ec.europa.eu/digital-agenda/en/news/2014-report-implementation-eu-regulatory-framework-electronic-communications>.

dad total disponible de la red de comunicaciones electrónicas móviles de la entidad resultante en Irlanda y se va adaptando según aumenta la capacidad total de esta red móvil. Por ello, los OMV pagan cantidades fijas, no vinculadas al uso efectivo, debiendo ser los precios acordados razonables y resultado de la negociación entre Three y el OMV.

Los derechos de uso adquiridos (en términos de porcentaje sobre la capacidad total) y los pagos a realizar por el OMV se van ajustando año a año durante un periodo inicial de cinco años, hasta alcanzar el tope de la cantidad acordada en el quinto año.

De esta forma, los OMV tienen incentivos a comenzar a prestar servicios lo más rápidamente posible y hacer uso efectivo de la capacidad adquirida.

La duración de los contratos con los OMV es de cinco años, renovables por otros cinco a instancias del OMV. Asimismo, los OMV tienen la posibilidad de incrementar las cantidades inicialmente contratadas hasta un límite máximo del 15 por 100 de la capacidad de la entidad resultante. Esto es, Three ha ofrecido a los dos OMV hasta un máximo del 30 por 100 de la capacidad de su red móvil en Irlanda bajo este compromiso.

El contrato con el primer OMV tenía que ser firmado y autorizado por la Comisión Europea antes de la ejecución de la operación de concentración, incluyendo un mínimo de compra del (CONFIDENCIAL) por 100 a completar en cinco años. Asimismo, este OMV tenía la opción de adquirir la marca de O2 Irlanda «48» y su cartera de clientes.

El contrato con el segundo OMV tenía que ser también firmado y autorizado por la Comisión Europea en un determinado plazo desde la ejecución de la operación de concentración, incluyendo un mínimo de compra del (CONFIDENCIAL) por 100 a completar en cinco años. Si esta contratación no se produjese en ese plazo, un Administrador independiente se ocuparía de negociar esta contratación.

b) *Desinversión de espectro*

Al objeto de facilitar que uno de los dos OMV que se benefician del compromiso de acceso (pero no ambos) pueda pasar a ser un operador de red, Three se comprometió a desprenderse de espectro en favor de uno de los dos OMV. El espectro ofrecido es el siguiente:

- a) 5 MHz pareados en la banda 900 MHz (13 de julio de 2015 a 12 de julio de 2030).
- b) 10 MHz pareados en la banda 1.800 MHz (13 de julio de 2015 a 12 de julio de 2030).
- c) 10 MHz pareados en la banda 2.100 MHz (hasta 24 de julio de 2022).

El operador OMV que estuviera interesado deberá demostrar tener un plan de negocio concreto para llegar a ser operador de red en un plazo ra-

zonable. La opción para adquirir el espectro ofrecido es válida durante diez años a partir del 1 de enero de 2016.

c) *Compromisos del acuerdo con Eircom*

Este compromiso implicaba que Three ofrecería a Eircom modificar su acuerdo previo con O2 para la compartición de emplazamientos e infraestructuras activas de sus redes móviles. Las modificaciones ofertadas mejorarían y ampliarían el alcance del acuerdo y ayudarían a reforzar la capacidad competitiva de Eircom y reducir su dependencia respecto a su acuerdo de itinerancia nacional con Vodafone.

d) *Implementación de los compromisos*

Los compromisos de acceso mayorista se han implementado muy rápido, ya que en julio de 2014 la Comisión Europea aprobó la entrada de UPC como el primer OMV y la de Carphone como el segundo OMV.

UPC es un operador de cable en Irlanda con 530.600 conexiones activas (en marzo 2014), y está controlado por Liberty Global, un operador de cable internacional que presta servicios en más de 14 países (12 de ellos en Europa). De hecho, UPC es el mismo operador que ha firmado también un acuerdo de OMV sobre la red de H3G Austria en aplicación de los compromisos de la concentración austriaca. En todo caso, Liberty Global ya es OMV en Bélgica, Alemania, Hungría, Polonia, Holanda, Reino Unido y Suiza.

Carphone pertenece al grupo Carphone Warehouse, el mayor vendedor de dispositivos móviles y servicios relacionados en Europa.

Por otra parte, en agosto de 2014 Three y Eircom firmaron un nuevo acuerdo de compartición de emplazamientos e infraestructuras activas de sus redes móviles, en línea con los compromisos ofrecidos en la operación de concentración.

C. COMPROMISOS CASO ALEMÁN (M.7018)

a) *Entrada de nuevos OMV*

Este compromiso sigue un esquema similar al compromiso equivalente del caso irlandés, en la medida que el acceso a los OMV se hace sobre la base de capacidad de la red de comunicaciones electrónicas móviles de la entidad resultante.

Telefónica Deutschland se comprometió a llegar a acuerdos con hasta tres posibles OMV, vendiendo un 20 por 100 de la capacidad total de la red de comunicaciones electrónicas móviles bajo control de la entidad resultante para dar servicios de voz, mensajes cortos y datos. También se daría a

los OMV una opción para comprar un 10 por 100 adicional de la capacidad total. Esta capacidad se va incrementando conforme a la evolución de la capacidad de la red de móvil de la entidad resultante. Los precios y condiciones comerciales acordados deben ser razonables y han de establecerse tras una negociación entre Telefónica Deutschland y cada OMV.

Si en el primer acuerdo con un OMV ya se alcanzase el compromiso de compra del todo el 20 por 100, así como para la opción de compra de capacidad adicional hasta un 10 por 100, Telefónica Deutschland no tendría que negociar el acceso de ningún otro nuevo OMV.

En la capacidad de compra obligatoria no podría incluirse la base de clientes actuales del OMV si éste ya estuviese alojado en la red de Telefónica Deutschland o E-Plus, pero esos clientes sí se tendrían en cuenta respecto al 10 por 100 de capacidad adicional.

Los contratos tienen una duración de cinco años, prorrogables por cinco años más a instancias de los OMV, y la capacidad adquirida se incrementa gradualmente los tres primeros años hasta alcanzar en 2018 el máximo contratado.

Los compromisos prevén penalizaciones por superación de la cantidad contratada o por uso excesivo de la red por parte de los clientes minoristas del OMV en relación con el uso realizado por los clientes minoristas de Telefónica Deutschland.

La firma y autorización de estos acuerdos por la Comisión Europea se debía producir con carácter previo a la ejecución de la operación de concentración.

b) *Desinversión espectro*

Mediante este compromiso, Telefónica Deutschland se comprometía a facilitar la entrada al mercado alemán de un cuarto operador de red hasta el final de 2014. Si no recibiera escrito de intenciones de un potencial nuevo operador de red, a partir del 1 de enero de 2015 sólo se podrían acoger a este compromiso los OMV que se hubiesen beneficiado del compromiso anterior.

Los componentes que Telefónica Deutschland ofrecía son:

- a) Desinvertir espectro para la cobertura de clientes metropolitanos en red urbana, con 10 MHz pareados en la banda 2.100 MHz para 3G, que expiran en el año 2020, así como 10 MHz en la banda 2.600 MHz para 4G, que expiran en 2025.
- b) Itinerancia nacional para 2G/3G/4G desde el primer momento de la provisión de servicios a todo el país, tanto en zonas urbanas como rurales.
- c) Infraestructuras en las áreas urbanas mediante la posibilidad de alquilar o compra de emplazamientos y compartición de elementos pasivos (esta oferta es válida hasta el final de 2016).

- d) Compra de tiendas o puntos de distribución en áreas urbanas (esta oferta es válida hasta el 30 de junio de 2015).

c) *Mantenimiento de los contratos con OMV*

Telefónica Deutschland se compromete a extender hasta 2025 la obligación de dar acceso mayorista a todos los OMV con los que actualmente Telefónica Deutschland o E-Plus tienen acuerdos (para 2G y 3G), así como a facilitar la migración de clientes de los actuales OMV en caso de cambio de *host* o de modelo de negocio.

El acceso a 4G para estos OMV no estaría disponible hasta transcurridos doce meses desde el lanzamiento del último OMV que contrate capacidad.

d) *Implementación compromisos*

En agosto de 2014 la Comisión Europea aprobó el acuerdo de Telefónica Deutschland con Drillisch, por el que este operador compraba toda la capacidad ofrecida en el compromiso de acceso a un OMV.

De esta forma, Drillisch se compromete a comprar el 20 por 100 de la capacidad disponible de la red consolidada de la entidad resultante, pudiendo optar a un 10 por 100 de capacidad adicional, de la que se deducirá la capacidad que se comprometía a comprar para sus clientes actuales bajo este acuerdo, ya que Drillisch venía operando como OMV bajo acuerdos mayoristas con Telefónica Deutschland y Vodafone.

Por otra parte, cabe señalar que la Comisión Europea ha considerado que el compromiso de desinversión de espectro por sí mismo es insuficiente para posibilitar la entrada de un nuevo operador de red, dada la cantidad y calidad del espectro desinvertido, pero que el mismo puede resultar efectivo en conjunción con la subasta de espectro que el regulador alemán prevé convocar en la primera mitad de 2015.

5. VALORACIÓN DE LOS COMPROMISOS ACEPTADOS

En los tres casos el objetivo final de los compromisos aceptados por la Comisión Europea era el mismo: propiciar la entrada de uno o varios operadores de comunicaciones electrónicas móviles que ejerciesen una presión competitiva significativa en el mercado minorista.

Sin embargo, la configuración de los compromisos ha ido variando en el tiempo en cada concentración, lo que refleja el reconocimiento implícito por la Comisión Europea de que existían aspectos importantes en los compromisos del caso austriaco que era necesario corregir.

Así, en el caso austriaco se abre la puerta a que pueda entrar un número significativo de OMV, pero no se asegura suficientemente que esta entrada

se produzca, tampoco se garantiza el uso efectivo de la capacidad puesta a disposición de estos OMV ni se promueve que estos OMV alcancen individualmente una escala mínima suficiente que permita plantear una presión competitiva significativa, compensatoria de la pérdida de dinámica competitiva derivada de la concentración.

Además, la remuneración del acceso según el uso efectivo, fijado en un determinado nivel en los compromisos, no ha dado lugar a ninguna entrada efectiva hasta la fecha por parte de nuevos OMV (aunque está anunciada), probablemente porque estos precios estaban situados en un nivel demasiado elevado y se reducían poco según el OMV aumentaba su escala. Esto implicaría unos altos costes marginales de adquisición de cada nuevo abonado, que desincentivan la entrada y el crecimiento de los operadores alternativos.

Todo ello en un contexto en el que los mercados de comunicaciones electrónicas móviles están sufriendo cambios significativos en las políticas comerciales, entre otras razones por la mayor penetración de las ofertas empaquetadas fijo-móvil. Por ello, la falta de adaptabilidad de las políticas comerciales que genera este sistema de remuneración por uso efectivo también resulta un obstáculo relevante a la aplicación práctica de este compromiso.

Esto puede explicar por qué incluso en el caso de UPC, que dispone de un acuerdo de acceso firmado desde octubre de 2012, este operador no habría entrado en el mercado de comunicaciones electrónicas móviles austriaco dos años después.

Por lo que respecta a los compromisos relativos a la desinversión de espectro, los mismos también han demostrado ser poco eficaces para promover la entrada de un nuevo operador de red móvil en Austria.

Esto se debe a que la naturaleza y cantidad del espectro a desinvertir en el caso austriaco (en la banda de 2.600 MHz), es poco adecuada para desplegar una red móvil más allá de zonas puntuales de entornos urbanos con picos de demanda de datos muy elevados.

Asimismo, la subasta de espectro del regulador austriaco en 2013 tampoco incentivaba la entrada de nuevos operadores, pues no había margen suficiente para que los nuevos OMV se desarrollasen y alcanzasen la escala suficiente como para plantearse afrontar los riesgos y los costes que implican la adquisición del espectro en una subasta y el despliegue de una red móvil nueva.

Por ello, se puede concluir que los compromisos en el caso austriaco han sido por el momento totalmente ineficaces y que los efectos perjudiciales de la concentración parecen estarse sustanciando, como demuestra la subida del 9-10 por 100 de los precios medios efectivos de los servicios de comunicaciones electrónicas móviles en Austria, en el último trimestre de 2013.

En el caso irlandés, la Comisión Europea demuestra que ha aprendido de los errores de diseño en los compromisos del caso austriaco, pues

rechazó la primera propuesta de compromisos del grupo H3G (que era el comprador en ambas concentraciones), que seguía una línea muy similar a los compromisos que sí fueron aceptados para Austria.

Los compromisos de acceso de OMV recogen dos modificaciones muy significativas.

Por una parte, se constata que lo relevante no es permitir la entrada de un número elevado de OMV, sino asegurar que los OMV que entren en el mercado alcanzan una escala mínima suficiente para plantear una presión competitiva significativa.

Por otra parte, al establecer un pago por capacidad bajo un calendario definido, se generan incentivos para que la entrada del nuevo OMV sea inmediata y para que éste busque incrementar su cuota de mercado con el fin de beneficiarse de las economías de escala que genera el pago por capacidad fijo.

Adicionalmente, con el sistema de pago por capacidad se da al OMV una independencia muy significativa a la hora de configurar sus ofertas comerciales minoristas y de adaptarse a los posibles cambios en las estrategias comerciales y dinámicas competitivas de los mercados de comunicaciones electrónicas.

Asimismo, es positiva para la competencia efectiva en Irlanda la identidad de los OMV que se han beneficiado de este compromiso y, en particular, el hecho de que esté implicado UPC, que cuenta con una base muy relevante de clientes de comunicaciones electrónicas fijas en Irlanda, lo que le puede ayudar a dinamizar los mercados de comunicaciones electrónicas de este país, entre otras vías, a través de las ofertas convergentes fijo-móvil.

En lo que se refiere al compromiso de desinversión de espectro, la implementación práctica del mismo es mucho más viable, gracias a la cantidad y calidad del espectro a desinvertir, el margen temporal de diez años para poder hacerlo efectivo y el hecho de que los potenciales compradores (los OMV beneficiarios del compromiso de acceso) dispondrían de una base de clientes de comunicaciones electrónicas móviles en Irlanda significativa y podrían utilizar el acuerdo de compra de capacidad para permitir un despliegue ordenado de una red propia sin perder en ningún momento la capacidad de comercializar una oferta minorista atractiva con cobertura nacional.

En todo caso, no se puede dejar de señalar que la aplicación práctica de este compromiso de desinversión de espectro no está asegurada, si bien su existencia refuerza la posición competitiva de los OMV que se benefician del compromiso de acceso, en la medida que les proporciona una posible alternativa de futuro.

Los compromisos del caso alemán siguen un esquema similar al caso irlandés, pero presentan algunas diferencias que pueden debilitar su efectividad.

En lo que respecta al compromiso de acceso de OMV a través de la compra de capacidad, la implementación efectiva del mismo (la compra de toda la capacidad por Drillisch), refuerza la capacidad competitiva de este OMV más allá de la presión competitiva que habría existido si hubiesen sido tres OMV los beneficiarios de este compromiso de acceso.

No obstante, la capacidad de Telefónica Deutschland de penalizar a Drillisch si los perfiles de tráfico de sus clientes difieren significativamente de los de Telefónica Deutschland puede limitar la capacidad de este OMV para plantear ofertas comerciales disruptivas, especialmente en los servicios de banda ancha móvil.

En lo que se refiere a los compromisos de desinversión de espectro y servicios conexos, tanto la cantidad y calidad del espectro a desinvertir como el calendario para implementarlo en conjunción con la subasta de espectro por parte del regulador alemán (2015), limitan significativamente la probabilidad de que estos compromisos se lleguen a aplicar en la práctica en comparación con el caso irlandés.

6. CONCLUSIÓN

Como se ha indicado en la introducción, las tres operaciones de concentración analizadas tienen lugar en el marco de un proceso de consolidación de los mercados nacionales de comunicaciones electrónicas móviles en la Unión Europea, principalmente en los dos últimos años.

Esta consolidación se justifica por los grandes operadores de comunicaciones electrónicas sobre la base de que los operadores europeos no disponen de suficiente escala en comparación con sus homólogos americanos o chinos y son víctimas de una excesiva regulación sectorial y de competencia, lo que les lleva a disponer de menores capacidades de inversión e innovación con unos retornos de capital más bajos, haciéndolos más débiles y siendo potenciales objetivos de compra por operadores no europeos con mayores escalas.

Sin embargo, este proceso de consolidación no está incrementando significativamente la escala de los operadores afectados, en la medida que en muchos casos la compra de redes móviles en un país es acompañada por desinversiones de redes móviles en otros países, como ha ocurrido en el caso de Telefónica (se ha reforzado en Alemania, pero ha abandonado Irlanda, República Checa y Eslovaquia).

La justificación implícita que los operadores implicados dan a las operaciones de concentración es que existe una tensión y cierta incompatibilidad entre inversión (para el despliegue de nuevas redes 4G) y competencia (en forma de mejores servicios y precios para los consumidores finales).

La Comisión Europea no ha aceptado esta tesis al analizar las operaciones de concentración, pero indirectamente sí está reconociendo que la competencia en redes puede ser menos ambiciosa de lo que inicialmente estaba previsto.

Así, las concesiones de licencias de espectro radioeléctrico, que se hicieron entre 1999 y 2001 para el despliegue de redes 3G de comunicaciones electrónicas móviles en Europa, preveían la existencia de un mayor número de redes: seis en el caso de Alemania y Austria; cinco en Italia, Reino Unido y Holanda; y cuatro en España y otros países.

Sin embargo, en Alemania y Austria, de los seis operadores de red en 2001 se ha pasado a tres. En Reino Unido e Italia, de cinco redes en 2000 a cuatro. En Irlanda de cuatro redes en 2005 a tres.

Las razones de este proceso de consolidación son múltiples, como se ha indicado en la introducción, pero el mismo está significativamente impulsado por las necesidades de espectro y los costes que implica el despliegue de una red 4G. En todo caso, este despliegue de redes 4G se ha visto facilitado por la introducción de la neutralidad tecnológica en las concesiones de espectro (*refarming* y reutilización de bandas), lo que aumenta el espectro que se puede dedicar a 4G/LTE, así como por las mejoras tecnológicas (*single RAN*, *LTE Advanced*) y el abaratamiento en el coste de despliegue de equipos de red.

En todo caso, este proceso de consolidación se produce al mismo tiempo que operadores de comunicaciones electrónicas de fuera de la Unión Europea se interesan por entrar en los mercados europeos, si bien esta entrada hasta la fecha se ha producido a través de la compra de operadores consolidados y no del despliegue de nuevas redes. Un ejemplo de ello es América Móvil (México), que desde 2012 ha hecho inversiones muy significativas, entrando e incrementando su participación en el capital social de Telekom Austria y KPN (Holanda).

Por otro lado, este proceso de consolidación también parece buscar detener las bajadas de ingresos de los operadores móviles, derivadas de las medidas regulatorias de reducción de los precios mayoristas de terminación y de la mayor competencia, como efectivamente está ocurriendo en el caso de Austria con la subida de los precios medios efectivos del 9-10 por 100 en el último trimestre de 2013.

La Comisión Europea ha intentado evitar que se produjese este último escenario, potenciando y reforzando la figura del OMV sin red propia como operador capaz de plantear una presión competitiva equiparable a la de un operador de red.

Aunque en el caso austriaco las deficiencias en los compromisos no han permitido conseguir la entrada efectiva de OMV con una capacidad competitiva significativa en Austria, los compromisos establecidos en los casos irlandés y alemán y su implementación práctica hasta el momento parecen indicar que los mismos pueden tener éxito, si bien será en los próximos años cuando se verifique en qué medida estos OMV que compran capacidad de la entidad resultante de las operaciones de concentración generan una presión competitiva significativa.

Esto dependerá, entre otros factores, de en qué medida los derechos de uso de hasta el 30 por 100 de la red de comunicaciones electrónicas móviles

de la entidad resultante serán suficientes para que los OMV puedan alcanzar, sin saturar la capacidad contratada, una escala mínima adecuada para plantear una presión competitiva significativa en el mercado.

En este sentido, este límite en la capacidad contratada plantea un doble riesgo. Si se establece en un nivel demasiado bajo, el OMV, al estar próximo a alcanzarlo, dejará de tener incentivos a plantear políticas comerciales agresivas que le permitan crecer, lo que podría contribuir al mantenimiento del *statu quo* o incluso a las subidas de precios en el mercado minorista. Si se establece en un nivel demasiado alto, el operador de red móvil que da el acceso podría perder sus incentivos a invertir suficientemente en su propia red, lo que debilitaría la capacidad competitiva tanto de este operador de red como la de los OMV con acceso a la misma.

En cambio, la Comisión Europea ha sido mucho menos estricta en relación con los compromisos de desinversión de espectro, que se configuran como un remedio complementario, cuya aplicación efectiva puede ser poco probable, aunque en el caso irlandés este remedio sirve como una alternativa de futuro para el modelo de negocio de los OMV que se benefician de la contratación del acceso por capacidad.

A la vista de todo lo anterior, se puede concluir que la Comisión Europea no ha buscado evitar o revertir el proceso de consolidación de operadores de red que se está produciendo en los distintos mercados nacionales de comunicaciones electrónicas móviles en Europa.

Sin embargo, la Comisión Europea no está dispuesta a dar vía libre a que este proceso de consolidación sirva para debilitar la dinámica competitiva en los distintos mercados nacionales, si bien parece que en el caso austriaco no ha tenido éxito para evitarlo.

De hecho, los compromisos en el caso irlandés pueden ser un patrón adecuado para futuras operaciones de concentración que impliquen el paso de cuatro a tres operadores de red móvil en otros países de la Unión Europea, aunque su efectividad sólo se verificará con el paso del tiempo.

Así, en la ejecución de los compromisos del caso irlandés se encuentra un elemento importante que no se da en los otros dos casos: la posibilidad real latente de que un OMV con éxito pueda llegar a configurarse como un nuevo operador de red en el futuro. Esta posibilidad no llegó a desarrollarse en Austria y es improbable que suceda en Alemania.

En todo caso, por la vía del control de concentraciones difícilmente se puede asegurar con eficacia que los operadores de red no utilicen el acaparamiento e infrautilización del espectro como barrera a la entrada para el desarrollo de nuevos operadores de red en un futuro, entre otras razones, porque sólo pueden establecerse obligaciones sobre las partes de la operación de concentración, y no sobre el resto de operadores de red.

De esta manera, para asegurar que los OMV tengan una opción factible de poder llegar a ser un operador con red con espectro propio en el caso de que consigan alcanzar una escala significativa, lo que daría viabilidad de

futuro a una estrategia comercial agresiva, probablemente sería necesario que los reguladores nacionales hiciesen uso de sus poderes de supervisión del uso eficiente del espectro para detectar situaciones de acaparamiento e infrutilización de dicho espectro por los operadores de red incumbentes y, en su caso, para retirar frecuencias infrutilizadas de cara a su adjudicación a nuevos operadores de red.

LA LIBERALIZACIÓN DE LOS SERVICIOS POSTALES: A VUELTAS ENTRE LA REGULACIÓN Y EL DERECHO DE LA COMPETENCIA*

Javier GUILLÉN CARAMÉS

Profesor Titular de Derecho Administrativo acreditado a Catedrático
URJC

1. INTRODUCCIÓN

La decidida intervención de las autoridades de la Unión Europea de cara a desarticular los tradicionales monopolios públicos de los Estados en sectores esenciales para la economía como las telecomunicaciones, energía o los servicios postales ha sido una política continua y progresiva en los últimos veinticinco años. La declaración de incompatibilidad con los antiguos Tratados comunitarios y, en la actualidad, con el TUE y el TFUE, de los principales monopolios públicos y la progresiva liberalización de estos sectores con la consiguiente entrada en juego de las normas del Derecho de la Competencia, así como de nuevos operadores económicos en los mismos, ha ido configurando un nuevo régimen jurídico de intervención pública sobre estos ámbitos económicos.

Fundamentalmente la Comisión Europea y el Tribunal de Justicia de la UE con su importante y trascendental jurisprudencia en estos ámbitos, han ido construyendo un novedoso régimen jurídico en torno a la intervención pública en los denominados servicios de interés económico general (SIEG). Estos servicios se han ido convirtiendo en uno de los pilares del modelo europeo de economía social de mercado en un entorno de progresiva liberalización de mercados, tal y como apunta H. BROKELMAN¹. No obstante, la configuración de los mismos ha planteado diversos problemas desde la perspectiva del Derecho de la Competencia, especialmente en lo relativo a su aplicación o no a los mismos. En este sentido,

* Este trabajo se ha desarrollado dentro del Proyecto de Investigación «La potestad sancionadora de los organismos reguladores» (DER2011-22549), concedido por el Ministerio de Economía y Competitividad y que se desarrolla en la Universidad Rey Juan Carlos.

¹ Véase «Los límites al Derecho comunitario a las compensaciones por la prestación de servicios de interés económico general», en *Financiación de las obligaciones de servicio público*, Valencia, Tirant lo Blanch-UNED, 2009, pp. 39 y ss.

es expresivo cómo la Comisión Europea ha mostrado su preocupación al establecer que

«la prestación de servicios de interés económico general (SIEG) eficaces y de alta calidad es un componente clave del Estado de bienestar europeo y es esencial para asegurar la cohesión social y territorial, también en los ámbitos de la educación, la formación y la cultura, y para el ejercicio de una ciudadanía efectiva. Los SIEG de gran calidad también contribuyen a la competitividad de la economía europea. Los Estados miembros disfrutan de un amplio margen de discrecionalidad para decidir si se financia la prestación de servicios de interés económico general y cómo hacerlo. Sin embargo, para evitar el falseamiento de la competencia, las compensaciones que se concedan deberían posibilitar la ejecución de misiones de servicio público sin caer en compensaciones excesivas y en falseamientos indebidos de la competencia»².

Por esta razón y con el firme propósito de que las reglas de competencia contenidas en los Tratados no se vean afectadas de forma arbitraria por los Estados miembros por la implantación de los SIEG, la Comisión y el TJUE se han mantenido muy atentos y vigilantes a la hora de analizar la compatibilidad con el TUE y TFUE de los diversos modelos de financiación de esta modalidad de servicios públicos desarrollados por los Estados miembros, concretamente en los aspectos relativos a la prestación de obligaciones de servicio público por parte de las empresas a quienes las legislaciones nacionales han impuesto este tipo de deberes.

En el presente trabajo vamos a examinar los criterios que la Comisión y el TJUE han construido sobre los SIEG y su financiación, centrándonos en concreto en el sector de los servicios postales en España. En primer lugar estudiaremos los principios generales que delimitan el concepto de SIEG y los parámetros que sirven de base para calcular la compensación que los Estados atribuyen a las empresas que prestan los mismos por las obligaciones de servicio público que tienen el deber de desarrollar. Una vez examinados desde una perspectiva general las pautas de los SIEG nos centraremos en un sector concreto, el de los servicios postales, para examinar cómo la legislación española ha configurado los mismos, así como los modos de financiación del servicio postal universal.

2. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL Y DOCTRINA GENERAL SOBRE EL ALCANCE DE LOS SERVICIOS ECONÓMICOS DE INTERÉS GENERAL

El concepto de SIEG es un concepto cambiante que depende, entre diversas cosas, de las necesidades de los ciudadanos, la evolución de las nuevas tecnologías y de los mercados, así como de las preferencias sociales y políticas en los Estados miembros. De hecho el TJUE ha señalado que los

² COM (2005) 107, 7 de junio de 2005.

SIEG son servicios que poseen características específicas respecto a otras modalidades económicas³.

Al no existir unas normas de la UE que definan el alcance de la existencia de un SIEG, han sido los Estados miembros los que al disponer de un amplio margen de discrecionalidad y apreciación a la hora de definir un determinado servicio como SIEG, así como de conceder las compensaciones de servicio público a los prestadores de dichos servicios, los que han ido estableciendo los perfiles de los mismos, incurriendo en determinadas ocasiones en excesos. Ello ha provocado la reacción tanto de la Comisión como del TJUE que han ido estableciendo el alcance de los SIEG. A continuación, vamos a examinar en primer lugar cuál es la base jurídica de los mismos en los Tratados para posteriormente analizar los principales pronunciamientos jurisprudenciales sobre esta figura.

A. MARCO JURÍDICO-COMUNITARIO DE LOS SEIG

Los SIEG son citados en diversos preceptos del TFUE, así como en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, lo que revela la importancia que tienen dentro del desarrollo de la política económica de la Unión. No obstante, a pesar de su mención, no se delimita una definición de los mismos en los Tratados, lo que ha originado diversas controversias como examinaremos más adelante.

En primer lugar, aparece en el TFUE una declaración programática de los SEIG en su art. 14 que establece lo siguiente:

«Sin perjuicio del art. 4 del Tratado de la Unión Europea y de los arts. 93, 106 y 107 del presente Tratado, y a la vista del lugar que los servicios de interés económico general ocupan entre los valores comunes de la Unión, así como de su papel en la promoción de la cohesión social y territorial, la Unión y los Estados miembros, con arreglo a sus competencias respectivas y en el ámbito de aplicación de los Tratados, velarán por que dichos servicios actúen con arreglo a principios y condiciones, en particular económicas y financieras, que les permitan cumplir su cometido. El Parlamento Europeo y el Consejo establecerán dichos principios y condiciones mediante reglamentos, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, sin perjuicio de la competencia que incumbe a los Estados miembros, dentro del respeto a los tratados, para prestar, encargar y financiar dichos servicios».

De esta forma, el citado precepto reconoce de forma expresa, de acuerdo con el principio de subsidiariedad, la competencia de los Estados para poder delimitar la prestación y financiación de este tipo de servicios, lo que viene a reforzar la responsabilidad conjunta de la UE y los Estados miembros en esta materia.

³ Asuntos C-179/90, *Merci convenzionali porto di Genova*; C-242/95, *GT-Link A/S*; y C-266/96, *Corsica Ferries/france SA*.

Por su parte, el art. 106.2 TFUE señala que:

«Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas de los Tratados, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Unión».

Como puede observarse en ambos casos, el TFUE menciona esta categoría peculiar de servicios públicos, si bien no entra en su definición. Esta realidad ya ha sido puesta de manifiesto por el propio TG que en el asunto *BUPA* señala que

«[...] en Derecho comunitario y a los efectos de la aplicación de las normas sobre competencia del Tratado CE, no existe ni una definición legal clara y precisa del concepto de misión, SIEG, ni un concepto jurídico consolidado que fije, de manera definitiva, los requisitos que deben cumplirse para que un Estado pueda válidamente invocar la existencia y la protección de una misión SIEG»⁴.

Finalmente, debe destacarse el art. 36 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE que dispone:

«La Unión reconoce y respeta el acceso a los servicios de interés económico general, tal y como disponen las legislaciones y prácticas nacionales, de conformidad con el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, con el fin de promover la cohesión social y territorial de la Unión»⁵.

Este precepto dispone de un valor jurídico fundamental, totalmente idéntico al de las disposiciones de los Tratados anteriormente enunciadas, tal y como se deriva del art. 6.1 TUE:

«La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados.

Las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados.

Los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta se interpretarán con arreglo a las disposiciones generales del título VII de la Carta por las que se rige su interpretación y aplicación y teniendo debidamente en cuenta las explicaciones a que se hace referencia en la Carta, que indican las fuentes de dichas disposiciones».

⁴ Sentencia TG, de 12 de febrero de 2008, *BUPA y otros c. Comisión*, asunto T-289/03.

⁵ Sobre el art. 36 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, véase L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, «El derecho de acceso a los servicios de interés económico general», en *Estudios de Derecho Público Económico. Libro Homenaje al profesor Sebastián Martín-Retortillo Baquer*, Madrid, Civitas, 2003, pp. 494 y ss.

B. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL Y ALCANCE DE LOS SIEG

Los Tratados, como ha podido observarse, no contienen ninguna definición conceptual de lo que son los SIEG, por lo que ha sido la Comisión Europea, así como el TJUE y el TG los que han tenido que delimitar el concepto y el alcance de los mismos, a través de diversas Comunicaciones y de la jurisprudencia emanada de diversos asuntos en lo que los Tribunales comunitarios han tenido que pronunciarse sobre cómo debe interpretarse el art. 106.2 TFUE.

En efecto, la Comisión Europea fue la que a través del empleo de las técnicas de *soft law* ofreció por primera vez una definición de lo que eran los SIEG. Así, en su Comunicación sobre los Servicios de Interés General en Europa, publicada en 1996, la Comisión precisaba que los SIEG eran aquellas

«actividades de servicio comercial que cumplen misiones de interés general, y están por ello sometidas, por parte de los Estados miembros, a obligaciones específicas de servicio público»⁶.

Como ha advertido la doctrina que ha estudiado en profundidad los SIEG, el concepto de los mismos se vendría a identificar, más o menos, con lo que en determinados Estados miembros, como Francia y España, se califica como «Servicio público», hasta el punto de que en diversas ocasiones se emplean de forma indistinta ambos términos⁷.

La prestación de los SIEG conlleva una serie de cargas para las empresas que los prestan, inicialmente compensadas con la atribución de regímenes de monopolio, normalmente de naturaleza pública, o la atribución de derechos especiales o exclusivos. Los procesos de liberalización desarrollados en Europa sobre determinados sectores, como los servicios postales, conlleva la necesidad de que los Estados miembros deben compensar a las empresas que asumen este tipo de prestación con determinadas transferencias de recursos públicos que garanticen no sólo la viabilidad económica de los mismos, sino que además resulten atractivos para las mismas y, con ello, surgió el problema de que la compensación que los Estados otorgaban a las empresas prestadoras de SIEG superase el sobrecoste real o pudiera agravarse artificiosamente la necesidad de compensación derivando recursos a actividades que no constituyen propiamente SIEG, alterándose de este modo las reglas sobre competencia que establecen los Tratados. A este particular dedicaremos las siguientes páginas.

⁶ DO C 281, de 26 de septiembre de 1996. Esta Comunicación ha sido sustituida por una nueva Comunicación que contiene el mismo título *Los servicios de interés general en Europa* [COM (2000) 580 final, de 20 de septiembre de 2000]. Igualmente, han sido numerosas las comunicaciones en relación con los SIEG, véase sobre este tema la web de la DGCOMP: http://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/SGEI.html.

⁷ Véase J. C. LAGUNA DE PAZ, *Servicios de interés económico general*, Madrid, Civitas-Thomson Reuters, 2009, pp. 33 y ss.; J. L. BUENDÍA SIERRA, *Exclusive rights and State Monopolies under EC Law: Article 86 of the EC Treaty*, Oxford University Press, 2000; J. A. RODRÍGUEZ MIGUEZ, «La financiación pública de los SIEG y la jurisprudencia post-Altmark», *Azpilcueta, Cuadernos de Derecho*, núm. 21, 2010, pp. 95 y ss.

a) *En general, el art. 106.2 TFUE y la exclusión de las normas de competencia en los SEIG*

En virtud del art. 106.2 TFUE determinadas empresas puedan quedar exentas de la aplicación de las normas de competencia previstas en el propio Tratado, cuando éstas presten o estén encargadas de la gestión de servicios de interés económico general. La Comisión ha venido afirmando que en la práctica comunitaria se suele designar con este término aquellos servicios de naturaleza económica a los que los Estados miembros o la Comunidad imponen obligaciones específicas de servicio público en virtud de un criterio de interés general.

Como puede apreciarse el término SIEG se circunscribe a los servicios de naturaleza económica, de tal modo que los servicios de carácter no económico quedan sujetos a un régimen jurídico diferente. En general, la praxis comunitaria ha delimitado como económicos los servicios que se ofertan en el mercado. Así, son SIEG los relativos a las denominadas infraestructuras en red, como las telecomunicaciones o la energía, pero también caen dentro de este concepto otros servicios como los de empleo o determinados servicios sociales, con independencia de que puedan ser prestados por entidades sin ánimo de lucro⁸.

A su vez, el elemento clave de la calificación de un SIEG reside en la atribución de obligaciones de servicio público. En este sentido, la Comisión dio una definición de las mismas como aquellas «obligaciones específicas impuestas por los poderes públicos al proveedor del servicio con el fin de garantizar la consecución de ciertos objetivos de interés público».

⁸ Así, por ejemplo, la Comisión Europea ha publicado una *Guía relativa a la aplicación a los servicios de interés económico general y, en particular, a los servicios sociales de interés general de las normas de la Unión Europea en materia de ayudas estatales, de contratos públicos y de mercado interior*, SEC (2010) 1545 final (Bruselas, 7 de diciembre de 2010), en donde se examina la problemática de los servicios sociales de interés general (SSIG), identificando dos grandes grupos: a) Los sistemas legales y los sistemas complementarios de protección social, en sus diversas formas de organización (mutualidades o profesionales), que cubren los riesgos fundamentales de la vida, como los relacionados con la salud, la vejez, los accidentes laborales, el desempleo, la jubilación o la discapacidad, y b) los demás servicios esenciales prestados directamente a la persona. Estos servicios ejercen una función de prevención y de cohesión social y aportan una ayuda personalizada para facilitar la inclusión de las personas en la sociedad y garantizar la realización de sus derechos fundamentales. Incluyen, en primer lugar, la ayuda a las personas para afrontar problemas vitales inmediatos o crisis (endeudamientos, desempleo, toxicomanía o ruptura familiar). En segundo lugar, abarcan las actividades destinadas a asegurar que las personas en cuestión posean las competencias necesarias para su inserción completa en la sociedad (rehabilitación o formación lingüística para inmigrantes) y, en particular, en el mercado laboral (formación o reinserción profesional). Estos servicios completan y sostienen el papel de las familias en los cuidados destinados, en particular, a los más jóvenes y a los mayores. En tercer lugar, forman parte de estos servicios las actividades destinadas a garantizar la inclusión de las personas con necesidades a largo plazo debidas a una discapacidad o a un problema de salud. En cuarto lugar, también se incluye la vivienda social, que permite un acceso a la vivienda a las personas con escasos ingresos [...].

Este tipo de SSIG pueden ser de carácter económico o no económico, en función de la actividad en cuestión. En efecto, el hecho de que la actividad en cuestión se califique como «social» no es en sí mismo suficiente para sustraerse a la calificación de «actividad económica». Los SSIG de carácter económico son por tanto SIEG. En este sentido, lo ha expresado el TJUE en Sentencias de 22 de enero de 2002, *Pavlov*, C-218/00 y de 22 de mayo de 2003, *Freskot*, C-355/00.

La *publicatio* de esta tipología de servicios públicos radica en la determinación de obligaciones específicas a una o varias empresas concretas ligadas a la consecución de un interés público que ha de ser igualmente determinado.

Los Estados miembros disponen de un amplio margen de la hora de considerar qué servicios representan un *interés económico general*⁹. Resulta necesario, para que el art. 106.2 TFUE sea de aplicación, que la empresa en cuestión haya sido expresamente determinada por un poder público para el ejercicio de esta modalidad de servicio público. El propio TJUE establece que la categoría de empresas «encargadas» ha de ser definida en un sentido estricto, dado que el citado precepto supone una excepción al cumplimiento de las normas del Tratado¹⁰. Resulta indiferente que la empresa en cuestión revista una forma de personificación pública o privada siempre que haya sido una autoridad pública la que le haya atribuido la prestación del servicio de interés general a través de un acto determinado que no necesariamente tiene que tener rango legal.

Por otro lado, la aplicación del art. 106.2 TFUE conlleva la inaplicación de las normas del Tratado. Como ha señalado el TJUE la correcta interpretación de dicho precepto no exige que la prestación del SIEG sea totalmente imposible en el caso de aplicarse las normas del Tratado; basta con que los Estados miembros se encuentren en disposición de poder demostrar que la derogación de las disposiciones del Tratado resulta «necesaria» para que el SIEG sea eficazmente prestado. En este sentido, el TJUE en el asunto *Ayuntamiento de Almelo* dispuso:

«Es preciso admitir restricciones a la competencia de otros operadores económicos en la medida en que dichas restricciones se revelen necesarias para permitir cumplir su misión a la empresa a la que se le confió una misión de interés general de este tipo. A este respecto, hay que tener en cuenta las condiciones económicas en las que debe operar la empresa, en particular los costes que debe soportar y las normativas, especialmente en materia de medio ambiente, a las que se encuentra sometida»¹¹.

Además, en el supuesto de que una derogación de la aplicación de las normas del Tratado sea efectivamente necesaria para poder desarrollar el objetivo de interés económico general, dicha excepción debe ser proporcional con los objetivos de interés público perseguidos por el Estado. Así, lo recalcó el TJUE en el asunto *Corbeau*:

⁹ Véanse Sentencias TG de 15 de junio de 2005, *Fred Olsen*, asunto T-17/02; y de 12 de febrero de 2008, *BUPA y otros c. Comisión*, asunto T-289/03.

¹⁰ STJUE, de 27 de marzo de 1974, asunto 127/73, *BRT c. SABAM y NV Fonior*.

¹¹ STJUE, de 27 de abril de 1994, asunto C-393/92, *Ayuntamiento de Almelo y otros c. NV Energiebedrijf Ijsselmij*. Por sumarte, el TG, en un asunto posterior, *Air Inter SA c. Comisión*, T-260/94, de 19 de junio de 1997, fue más allá del examen de la mera necesidad de la excepción a las reglas del Tratado al exigir, «la indispensabilidad» de dicha derogación. En opinión de la doctrina, la divergencia puntual en este último asunto se debe a que en el asunto *air Inter* se atribuían derechos exclusivos o especiales de nueva configuración, por lo que éstos se encontraban sometidos a un control más estricto por parte del TG. Véase, al respecto, J. MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS, «Servicios de interés general y art. 86 del tratado CE: una visión evolutiva», *Documento de Trabajo del Instituto de Estudios Europeos de la Universidad San Pablo CEU*, núm. 1, 2005.

«15. Por lo que respecta a los servicios de que se trata en el asunto principal, es innegable que la *Régie des postes* está encargada de un servicio de interés económico general, consistente en la obligación de efectuar la recogida, el transporte y la distribución del correo, en beneficio de los usuarios, en la totalidad del territorio del Estado miembro interesado, a unas tarifas uniformes y en condiciones de calidad similares, sin considerar las situaciones particulares ni el grado de rentabilidad económica de cada operación individual.

16. En consecuencia, se trata de examinar en qué medida es necesaria una restricción de la competencia o, incluso, la exclusión de toda competencia de otros operadores económicos, para permitir al titular del derecho exclusivo cumplir su misión de interés general y, en particular, disfrutar de condiciones económicamente aceptables.

17. Para efectuar dicho examen, procede a partir de la premisa de que la obligación que incumbe al titular de dicha misión de garantizar sus servicios en condiciones de equilibrio económico presupone la posibilidad de una compensación entre los sectores de actividad rentables y los sectores menos rentables y, en consecuencia, justifica una limitación de la competencia, por parte de empresarios privados, en los sectores económicamente rentables.

18. En efecto, si se autorizara a empresarios privados a hacer la competencia al titular de los derechos exclusivos en los sectores, elegidos por los primeros, correspondientes a dichos derechos, podrían concentrarse en las actividades económicamente rentables y ofrecer, en ese sector, tarifas más ventajosas que las practicadas por los titulares de los derechos exclusivos, dado que, a diferencia de estos últimos, no están económicamente obligados a efectuar una compensación entre las pérdidas registradas en los sectores que no son rentables y los beneficios obtenidos en los sectores más rentables.

19. Sin embargo, la exclusión de la competencia no se justifica cuando se trata de servicios específicos, disociables del servicio de interés general, que responden a necesidades específicas de operadores económicos y que exigen determinadas prestaciones adicionales que no ofrece el servicio postal tradicional, como la recogida a domicilio, una mayor rapidez o fiabilidad en la distribución o, incluso, la posibilidad de modificar el destino durante el trayecto, y en la medida en que dichos servicios, por su naturaleza y por las condiciones en que se prestan, tales como el sector geográfico en el que se desarrollan, no ponen en peligro el equilibrio económico del servicios de interés económico general del que se hace cargo el titular del derecho exclusivo»¹².

b) *La retribución de los costes generados por prestación de SEIG. En especial, la doctrina Altmark y la necesaria delimitación de las compensaciones estatales por prestación de obligaciones de servicio público*

El establecimiento de determinadas obligaciones de servicio público, sea a operadores públicos como privados genera una serie de costes a di-

¹² STJUE, de 19 de mayo de 1993, C-320/91.

chos entes. Surge de esta forma la necesidad de retribuir los costes generados derivados de las obligaciones impuestas por las autoridades públicas.

De hecho, para que algunos SIEG funcionen con arreglo a principios y en condiciones que les permitan cumplir con su contenido, resulta necesario un apoyo financiero del Estado que asuma en todo o en parte los costes específicos derivados de las obligaciones de servicio público.

El tipo de retribuciones pueden adoptar diversas fórmulas, que van desde una mera asignación en los presupuestos a la Administración Pública que asume la obligación de prestar el servicio público determinado, hasta la atribución de derechos exclusivos o especiales a las empresas a las que se les imponen estas obligaciones de servicio público.

El problema de la financiación de las obligaciones de servicio público ha girado en torno a dos puntos: en primer lugar, a si las compensaciones estatales por prestación de obligaciones de servicio público podían ser consideradas o no ayudas de Estado y, en consecuencia, debían ser notificadas a la Comisión y esperar a que ésta autorizase, antes de proceder a su concesión definitiva. Y, en segundo lugar, si dichas compensaciones estatales podían ser consideradas excesivas, superando la mera retribución del coste de la obligación de servicio público, de tal modo que dicha compensación constituyera un privilegio para el ente que lo percibe.

Estas cuestiones han sido resueltas por el TJUE en la conocida Sentencia *Altmark*¹³. Este asunto examinaba la cuestión de si las subvenciones recibidas por una empresa de transporte regional para poder ejecutar las obligaciones de servicio público derivadas de las licencias de transporte concedidas por las autoridades públicas resultaban compatibles con las normas del Tratado y, en concreto, constituían una ayuda de Estado. En concreto, el requisito que suscitaba dudas a la hora de delimitar si la financiación de la prestación de un SIEG constituye o no una ayuda, era si en estos casos la financiación recibida por el operador que tiene obligaciones de servicio público realmente otorga una ventaja o beneficio a la empresa encargada de gestionar el servicio o si, por el contrario, sólo compensa los costes incurridos en dicha prestación, y por tanto, no debe ser considerada dicha compensación una ayuda de Estado.

Debe señalarse que con anterioridad a este pronunciamiento jurisprudencial existían posturas contrapuestas sobre si la financiación por parte de los Estados miembros de las obligaciones de servicio público derivadas de los SIEG, eran o no ayudas de Estado, aspecto que queda resuelto en la Sentencia *Altmark*¹⁴.

¹³ Asunto C-280/00, *Altmark Trnas GmbH y Regierungsprasidium Magdeburg/Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*, de 24 de julio de 2003.

¹⁴ Las primeras posiciones del TJUE en torno a esta cuestión se encuentran en la Sentencia de 7 de febrero de 1985, *Association de Defense des Bruleurs d'huiles Usagees (ADBHU)*, C-240/83, en el que se resolvía una cuestión prejudicial sobre si la indemnización que debían concederse a las empresas de recogida y/o eliminación de aceites usados como contrapartida de las obligaciones de recogida y de eliminación impuestas por los Estados miembros al amparo de la legislación comunitaria era o no conforme a las disposiciones del Derecho comunitario. En este caso, el TJUE concluyó que dicha

En primer lugar el TJUE señala que cualquier intervención con independencia de la forma que adopte, que pueda favorecer directa o indirectamente a las empresas o que pueda considerarse una ventaja económica que la empresa beneficiaria no hubiera podido obtener en condiciones normales de mercado, constituye una ayuda estatal a efectos del art. 107.1 TFUE. El TJUE, no obstante, citando la jurisprudencia expuesta en el asunto *Ferring*, recuerda que si una intervención estatal puede ser considerada como una compensación que constituye la contrapartida necesaria de las prestaciones realizadas por las empresas beneficiarias para el cumplimiento de obligaciones de servicio público, las empresas beneficiadas, en realidad, *no gozan e una ventaja financiera. Por tanto, dicha intervención no tiene por efecto situar a estas empresas en una posición competitiva más favorable respecto a las empresas competidoras, de tal modo que dicha intervención no se encuentra sujeta al art. 107.2 TFUE.*

No obstante, en la Sentencia *Altmark*, el TJUE da un paso más y exige el cumplimiento cumulativo de cuatro requisitos para poder acogerse a esta jurisprudencia de la compensación:

indemnización no constituía ayuda estatal, sino era la contrapartida de las prestaciones realizadas por las empresas.

Esta línea jurisprudencial no fue seguida ulteriormente y tanto el TG como el TJUE se inclinaron por una interpretación expansiva de la noción de ayuda estatal, arrastrando consigo la posición que mantenía la Comisión al hilo de la sentencia anteriormente citada. Así, el TG (anterior TPI) en su Sentencia de 27 de febrero de 1997, *Federation Francaise des Societes d'Assurances (FFSA) y otros c. Comisión*, T-106/95, en la que enjuiciaba la nulidad de una Decisión de la Comisión relativa a la posible existencia de ayudas estatales en relación con las actividades competitivas del Servicio de Correo francés (*La Poste*), consideró, a pesar de confirmar la Decisión impugnada, que las medidas cuestionadas sí eran ayudas estatales, si bien podían beneficiarse de la excepción del art. 106.2 TFUE (ex art. 86.2 TCE). De este modo, se cambiaba la jurisprudencia en el sentido de que las compensaciones por prestación de obligaciones de servicio público se revelaban como verdaderas ayudas estatales, cuya eventual compatibilidad derivaría del hecho de que no superarán los costes en que se hubiera incurrido a causa de las misiones específicas encomendadas a la empresa. La consecuencia de este fallo era que si este tipo de compensaciones eran ayudas estatales debían ser notificadas a la Comisión y debería suspenderse su ejecución hasta que la misma autorizase dichas ayudas.

Frente a esta jurisprudencia el TJUE en su asunto *Ferring*, de 22 de noviembre de 2001, C-53/00, reabrió la polémica sobre la naturaleza de las compensaciones por prestación de obligaciones de servicio público; señalando a tal efecto, respecto a la cuestión prejudicial que se le había planteado acerca de un gravamen impuesto sobre la venta de productos farmacéuticos, que no podía ser considerado como ayuda de Estado la simple compensación por parte de los poderes públicos de los sobrecostes en que incurran las empresas encargadas de SEIG. En concreto el TJUE señaló: «De forma similar, siempre que el gravamen sobre las ventas directas a que están sujetos los laboratorios farmacéuticos corresponda a los costes adicionales realmente soportados por los mayoristas distribuidores para el cumplimiento de sus obligaciones de servicio público, la no sujeción de estos últimos al gravamen citado, puede considerarse la contrapartida de las prestaciones realizadas y, por tanto, una medida que no constituye una ayuda de Estado en el sentido del art. 92 del Tratado. Por lo demás, cuando se cumple este requisito de equivalencia entre la exención concedida y los costes adicionales, los mayoristas distribuidores no disfrutan, en realidad, de una ventaja en el sentido del art. 92, apartado 1, del Tratado, ya que el único efecto de la medida de que se trata es colocar a éstos y a los laboratorios farmacéuticos en unas condiciones de competencia comparables».

Por lo que la problemática volvía a estar encima de la mesa, cuestión que va a ser resuelta por la Sentencia *Altmark* que se examina en el texto principal. Sobre esta cuestión, véase J. A. RODRÍGUEZ MIGUEZ, «El régimen jurídico comunitario de las compensaciones por SEIG y su delimitación por la jurisprudencia», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 25, Nueva Época, enero-febrero de 2012.

- a) En primer lugar, la empresa beneficiaria debe estar efectivamente encargada de la ejecución de obligaciones de servicio público y éstas deben estar claramente definidas.
- b) En segundo lugar, los parámetros para el cálculo de la compensación deben establecerse previamente de forma objetiva y transparente.
- c) En tercer lugar, la compensación no debe superar el nivel necesario para cubrir total o parcialmente los gastos ocasionados por la ejecución de las obligaciones de servicio público, teniendo en cuenta los ingresos correspondientes y un beneficio razonable.
- d) Finalmente, cuando la elección de la empresa encargada de ejecutar obligaciones de servicio público, en un caso concreto, no se haya realizado en el marco de un procedimiento de contratación pública que permita seleccionar al candidato capaz de prestar estos servicios originando el menor coste para la colectividad, el nivel de la compensación necesaria debe calcularse sobre la base de un análisis de costes que había soportado una empresa media, bien gestionada y adecuadamente equipada con los medios pertinentes.

Por tanto, cuando estos criterios no se cumplan y se reúnan las condiciones de aplicabilidad del art. 107.1 TFUE, las compensaciones por servicio público sí que constituyen ayudas de Estado y se encuentran sujetas a las disposiciones del TFUE.

A sensu contrario, una de las ventajas de la denominada solución compensatoria dada en *Altmark*, será que siempre que se cumplan con los requisitos enumerados anteriormente, los Estados miembros no tendrán la obligación de notificar sus modelos de financiación de servicios públicos previamente a la Comisión, ni se encontrarán obligados a suspender la ejecución de los mismos hasta que la Comisión se haya pronunciado.

3. ALCANCE DE LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA SOBRE SIEG EN EL SECTOR POSTAL EN ESPAÑA: EL SERVICIO POSTAL UNIVERSAL Y SU FINANCIACIÓN

El sector postal ha estado inmerso en una profunda reordenación en la última década, fruto en gran medida de las modificaciones y necesidades de los consumidores y usuarios de los servicios postales.

En este sentido, la UE ha impulsado el proceso de adaptación del sector al nuevo marco económico desarrollado por esta transformación, promoviendo su progresiva liberalización y, en consecuencia, la apertura a la libre competencia del mismo, sin perder, no obstante, la perspectiva de que el mercado postal tiene una incidencia esencial en los ciudadanos lo que exige que se mantenga la prestación de determinados servicios postales bajo la órbita de los denominados servicios económicos de interés general.

De este modo en la liberalización de este sector por la UE se ha optado por hacerla de forma escalonada, como examinaremos a continuación, lo

que ha tenido como principal ventaja garantizar el servicio universal y que no se proceda a la apertura total del mercado hasta que éste no pueda ser desarrollado y asegurado por las fuerzas del mismo. Sin embargo, se presenta como factor positivo de esta liberalización escalonada la posibilidad de hacerlo atractivo para la iniciativa privada para que pueda ir desarrollando su actividad en el mercado postal¹⁵. Dos son los ejes en torno a los que gira la liberalización del sector postal: por un lado, la prestación de los servicios postales como servicios de interés económico general en régimen de libre competencia y de otro, la necesidad de garantizar la prestación del servicio postal universal en condiciones adecuadas de calidad, eficacia y eficiencia.

A. LA PROGRESIVA LIBERALIZACIÓN DE LOS SERVICIOS POSTALES

El primer impulso en la liberalización del sector postal lo constituyó la Directiva 97/67/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre, relativa a las Normas Comunes para el desarrollo del Mercado Interior de los Servicios Postales de la Comunidad y la mejora de la calidad del servicio, que, si bien tenía como finalidad lograr una mayor armonización para incrementar la calidad en la prestación de los servicios postales, de tal modo que no se fomentaba la competencia en su prestación, en cambio sí que sujetaba éstos a la libre competencia¹⁶. Esta norma establecía unas reglas comunes dirigidas a garantizar una mayor armonización de las condiciones del sector postal en la UE. La Directiva no atribuía a los servicios postales la naturaleza de servicio público, si bien asumía que constituían un instrumento fundamental para la Comunidad y el comercio. La Directiva perseguía dos objetivos esenciales: por un lado, la liberalización gradual y controlada del mercado postal, mediante la progresiva supresión de los monopolios estatales, a cuyos efectos establecía unos límites máximos de los servicios postales que podían reservarse en régimen monopolístico. Y, por otro lado, buscaba garantizar un servicio postal universal para todos los usuarios de los Estados miembros.

Esta Directiva fue objeto de transposición mediante la Ley 24/1988, de 13 de julio, del servicio postal universal y de liberalización de los servicios postales, cuyo principal eje giraba en torno al concepto del servicio postal

¹⁵ Sobre la liberalización del sector postal véanse VVAA, *Régimen jurídico del sector postal* (dir. M.^a Victoria PETIT LAVALL), Valencia, Tirant lo Blanch, 2011; E. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, *La liberalización del servicio postal en la Unión Europea. Los ejemplos de España, Francia, Suecia, Italia y Alemania*, Navarra, Aranzadi-Thomson/Ministerio de Fomento, 2004; J. J. MONTERO PASCUAL, *La liberalización de los servicios postales*, Madrid, Trotta-Fundación Alfonso Martín Escudero, 2005; L. PAREJO ALFONSO, A. DESCALZO GONZÁLEZ, M. GÁMEZ MEJÍAS y A. FORTES, *Estudio sobre las condiciones de prestación de los servicios postales en la Unión Europea (El marco comunitario y los casos alemán, francés, italiano, inglés, sueco y español)*, Madrid, Instituto Pascual Madoz, 2003; J. PEMÁN GAVÍN, «La nueva ordenación de los servicios postales. Liberalización y servicio universal en el sector de las comunicaciones postales», en *Estudios de Derecho Público Económico. Libro Homenaje al profesor Sebastián Martín-Retortillo Baquer*, Madrid, Civitas, 2003, pp. 963 y ss.

¹⁶ Sobre este punto, véanse F. PALAU RAMÍREZ, «Servicios postales y precios predatorios», en *Régimen jurídico del sector...*, op. cit., p. 291; y J. L. PULIDO REGINES y A. PUETZ, «La liberalización del sector postal en España», en *Régimen jurídico del sector...*, op. cit., pp. 29 y ss.

universal. Así, establecida la necesidad de garantizar los servicios postales por la gran relevancia que éstos tenían para la cohesión económica y social, el incremento de la economía y el desarrollo del comercio en España, el servicio postal universal era considerado como un servicio público como disponía su art. 1.2. La prestación de este servicio se encomendaba a la entidad pública empresarial Correos y Telégrafos en régimen de monopolio. Esta configuración jurídica del denominado servicio postal universal, así como su prestación por un operador designado *ex lege* respondía al deseo de garantizar un servicio postal básico de calidad, prestado de forma permanente y continua en toda España y a un precio asequible para todos los usuarios.

Por tanto, se podía desprender de lo establecido respecto al servicio postal universal, que todos aquellos servicios postales que no quedaban bajo la cobertura del servicio público podían ser prestados en régimen de libre competencia.

El proceso avanzó con la Directiva 2002/39/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de junio, por la que se modifica la Directiva de 1997 con el fin de proseguir con la apertura a la competencia de los servicios postales de la Comunidad. La finalidad de esta nueva norma radicaba en reducir el ámbito de la reserva de servicios que podían llevar a cabo las autoridades nacionales. A tal efecto, a partir del 1 de enero de 2003, se establecía un límite máximo de peso de los envíos reservados que pasó a ser de 100 gramos, y a partir de 2006 de 50 gramos. Del mismo modo, los límites de precio para que tales servicios pudiesen ser prestados por otras empresas diferentes del operador designado para la prestación del servicio postal universal se redujeron a tres veces la tarifa pública normal más rápida a partir del 1 de enero de 2003 y a dos veces y media a partir de 2006.

Igualmente, la Directiva introdujo algunas especificaciones relativas a las medidas tendentes a evitar la vulneración de las normas de competencia de los tratados en el mercado postal. De este modo, se establecía que las tarifas aplicadas al servicio postal universal debían ser objetivas, transparentes, no discriminatorias, ajustadas a los costes y asequibles para los usuarios.

La transposición de esta Directiva tuvo lugar por medio de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, es decir, la denominada Ley de Acompañamiento, que en su art. 106 establecía la reducción de los límites de peso y de precio de los envíos reservados. En este sentido, se establecía una reducción progresiva de la reserva a favor de Correos y Telégrafos de la prestación del servicio postal universal que quedaba circunscrita a los envíos interurbanos y transfronterizos de peso igual o inferior a 100 gramos y, a partir de 1 de enero de 2006, a 50 gramos.

El último paso en el proceso de liberalización lo constituye la Directiva 2008/6/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de febrero, rela-

tiva a la plena realización del mercado interior de servicios postales comunitarios. Se daba un importante paso con esta Directiva para la culminación del mercado interior de los servicios postales, y conllevaba la prohibición de que los Estados miembros otorgaran o mantuvieran derechos especiales o exclusivos para el establecimiento y la prestación de servicios postales. En consonancia con esta finalidad, los Estados miembros debían suprimir el área hasta ahora reservado al operador designado para la prestación del servicio postal universal procediéndose, por tanto, a la plena liberalización de todos los servicios postales definidos como tales en las legislaciones nacionales.

Esta Directiva fue objeto de transposición por la Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del servicio postal universal (LSPU) que constituirá objeto de estudio en los próximos epígrafes en los aspectos relacionados con la prestación del servicio postal universal y de los requisitos de financiación de las obligaciones de servicio público que se imponen a los operadores de servicios postales encargados de la prestación de este servicio público o servicio de interés económico general.

B. EL SERVICIO POSTAL UNIVERSAL COMO SERVICIO ECONÓMICO DE INTERÉS GENERAL

La delimitación del concepto de servicio universal realizada por la Comisión Europea, consiste en garantizar un servicio de calidad a un precio asequible para todos los usuarios del servicio público prestado. Los criterios de servicio universal están basados en los principios de igualdad, universalidad, continuidad y adaptación, así como en líneas de funcionamiento claras y precisas: transparencia de gestión, de tarificación y de financiación, y control a cargo de instancias distintas de los gestores. La totalidad de estos criterios no están siempre presentes a nivel nacional pero su introducción en virtud del servicio universal europeo ha impulsado el desarrollo de los servicios de interés general. El servicio universal constituye así la expresión en la UE de las exigencias y especificidades del modelo europeo de sociedad, en el marco de una política que concilia dinamismo de mercado, cohesión y solidaridad.

Por ello la prestación del servicio postal universal exige que el operador u operadores garanticen las condiciones requeridas de este servicio en las condiciones que establezca la LSPU y sus normas de desarrollo.

De acuerdo con el proceso de liberalización del mercado postal que hemos examinado y en coherencia con la Directiva 2008/6/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de febrero, por la que se modifica la Directiva 97/67/CE en relación con la plena liberalización del mercado interior de servicios postales comunitarios, se aprobó como ya he indicado la LSPU, cuya principal novedad es la supresión de un ámbito reservado a favor del operador al que se encomendaba la prestación del servicio postal universal.

Se trata de un cambio esencial en la intención del legislador de dar un paso adelante en la liberalización del mercado postal. Recuérdese que la anterior Ley 24/1998, de 13 de julio, del Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales configuraba una reserva legal a favor del operador al que se encomendaba el servicio postal universal. De este modo, se atribuía a la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S. A., una parte de los servicios postales de la que se excluía al resto de los operadores, con la finalidad de poder contribuir de una forma eficaz al sostenimiento financiero del servicio postal universal. Es esta noción de servicio postal universal la que constituye el «corazón», tal y como lo expresa la Exposición de Motivos de la LSPU, y en torno a la misma gira el resto de la Ley. Es indicativo de lo señalado el propio art. 1 LSPU cuando señala que «el objeto de la presente Ley es la regulación de los servicios postales con el fin de garantizar la prestación del servicio postal universal, de satisfacer las necesidades de comunicación postal dentro de España y de España con el extranjero, y de asegurar la libre competencia en el sector en condiciones adecuadas de calidad, eficacia, eficiencia y pleno respeto de los derechos de los usuarios y de los operadores postales y sus trabajadores».

Además el derecho de los usuarios se configura como un auténtico derecho de los usuarios de los servicios postales que quedan comprendidos bajo su ámbito de acción. El art. 8 de la LSPU así lo proclama, señalando respecto a la prestación del mismo que será desarrollado «de forma permanente, en todo el territorio nacional y a precios asequibles».

El art. 20 LSPU define el servicio postal universal como «el conjunto de servicios postales de calidad determinada en la Ley y sus reglamentos de desarrollo, prestados en régimen ordinario y permanente en todo el territorio nacional y a precio asequible para todos los usuarios». Este servicio comprende, conforme a lo previsto en el art. 21 LSPU las actividades de recogida, admisión, clasificación, transporte, distribución y entrega de envíos postales nacionales y transfronterizos en régimen ordinario de cartas y tarjetas postales que contengan comunicaciones escritas en cualquier tipo de soporte de hasta dos kilogramos de peso; paquetes postales, con o sin valor comercial, de hasta veinte kilogramos de peso; y la prestación de servicios de certificado y valor declarado, accesorios de los envíos anteriores.

Igualmente, también comprenden el servicio universal los envíos nacionales y transfronterizos de publicidad directa, de libros, de catálogos, de publicaciones periódicas y los restantes cuya circulación no esté prohibida, cuando el servicio encaje en alguna de las modalidades que admite el servicio universal; en esencia, cartas y tarjetas postales hasta de dos kilogramos de peso y paquetes postales hasta veinte kilogramos de peso, con o sin certificado de valor declarado.

Las prestaciones comprendidas en el servicio postal universal son objeto de determinadas obligaciones de servicio público, que persiguen la finalidad de garantizar el acceso a las mismas de todos los usuarios y a un precio asequible. Entre estas obligaciones se encuentran entre otras, las de

realizar, al menos, una recogida en los puntos de acceso a la res postal todos los días laborables, de lunes a viernes, con independencia de la densidad de población e incluso en zonas rurales; disponer de una cobertura adecuada en el ámbito territorial para el que haya sido designada y, en particular, asegurar la densidad de puntos de acceso a los servicios postales establecida en el plan de prestación y la accesibilidad a los citados puntos de las personas con discapacidad de cualquier tipo, así como las personas con movilidad reducida; o, por ejemplo, no denegar la admisión de los envíos cuando éstos reúnan los requisitos que reglamentariamente se establezcan y se satisfaga el precio correspondiente.

Finalmente, debe señalarse que con la aprobación del tercer paquete postal queda suprimida la reserva a Correos y Telégrafos, de tal manera que a partir del 1 de enero de 2011 todos los operadores que desarrollen sus actividades en el mercado postal intervienen de acuerdo con las reglas de la libre competencia, bien dentro de la órbita de prestación del servicio postal universal, bien fuera de la misma. Así se desprende del art. 2 LSPU que al regular la naturaleza jurídica y el régimen de prestación de los servicios postales dispone:

«Los servicios postales son los servicios de interés económico general que se prestan en régimen de libre competencia.

Están sometidos a obligaciones de servicio público los servicios incluidos en el servicios postal universal encomendados al operador designado conforme a lo disposición adicional primera, y los que se impongan a los titulares de autorizaciones administrativas singulares en los términos dispuestos en esta Ley».

De esta manera, dentro de la prestación del servicio postal universal debe distinguirse entre los operadores que pueden prestar libremente el servicio universal, y el que lo presta por imperativo de la LSPU, como operador designado al que el Estado configura para desarrollarlo en cumplimiento de obligaciones de servicio público. Al examen de estas dos posibilidades dedicaremos los dos siguientes epígrafes¹⁷.

a) *El operador designado: Correos y Telégrafos*

Uno de los requisitos de la jurisprudencia *Altmark* para que las compensaciones quedaran fuera del concepto de ayuda de Estado consiste en que la empresa beneficiaria debe estar efectivamente encargada de la ejecución de obligaciones de servicio público y éstas deben estar claramente definidas. En este sentido, la Ley 43/2010 establece que tiene la condición de operador designado para la prestación del servicio postal universal aquel al que el Estado ha encomendado la prestación del mismo.

En este sentido, la disposición adicional 1.ª de la LSPU confiere a la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S. A., la condición de operador de-

¹⁷ Véase, al respecto, J. M. ELÍAS DE TEJADA CASANOVA, «El servicio postal universal», en *Régimen jurídico del sector postal*, Tirant lo Blanch, 2011, pp. 200 y ss.

signado por un periodo de quince años a contar desde el 1 de enero de 2011. De acuerdo con el art. 22. LSPU, transcurrido dicho plazo el Estado podrá designar a una o varias empresas como proveedores del servicio universal de modo que quede cubierto la totalidad del territorio nacional, cabiendo también designar a diferentes empresas para la prestación de diversos elementos del servicio universal o cubrir distintas partes del territorio nacional¹⁸.

Por lo que se refiere a las condiciones de prestación del servicio universal por parte de Correos y Telégrafos, la LSPU articula dos mecanismos: el Plan de Prestación del Servicio Postal Universal y el contrato regulador de la prestación del servicio postal universal.

Respecto al primero, debe ser aprobado por el Gobierno y debe incluir, entre otras cuestiones: las condiciones de prestación del servicio postal universal, especialmente en las zonas geográficas de muy baja densidad de población, el procedimiento para la evaluación del coste del citado servicio y la forma de financiarlo, así como los criterios a tener en cuenta para determinar la contribución a ella por el Estado, tomando en consideración el Fondo de Financiación del Servicio Postal Universal.

A su vez, como consecuencia de la atribución por la Disposición Adicional Primera de la LSPU, a Correos y Telégrafos de su condición de operador designado, esta empresa ha de acomodar su planificación estratégica y su gestión y funcionamiento a las exigencias legales a través de un contrato regulador de la prestación del servicio postal universal que firmará el citado operador con los Ministerios correspondientes (Economía y Competitividad, Hacienda y Administraciones Públicas y Fomento), previo informe de la Comisión Nacional del Sector Postal y del Consejo Superior Postal. Este contrato se deberá celebrar cada cinco años y su contenido se encuentra determinado de la siguiente manera: los derechos y obligaciones de las partes; medidas que garanticen la mejora permanente de la calidad, la eficacia y la eficiencia en la prestación; las consecuencias de su incumplimiento; los mecanismos de control y seguimiento correspondientes; las causas y el procedimiento de liquidación del contrato, incluidas las condiciones de prestación del servicio postal universal durante el periodo de transición hasta el inicio efectivo de su prestación por el operador u operadores de que se designen.

b) *El resto de operadores postales*

El servicio postal universal puede ser, igualmente, prestado por operadores no designados de forma expresa por el Estado que desarrollen los servicios postales dentro del marco establecido en el art. 21.1 de la LSPU.

¹⁸ Este plazo ha sido duramente criticado por la CNC en su Informe sobre el sector postal debido a la excesiva duración del mismo. En este sentido se señala por la CNC que el legislador no ha tenido en cuenta las distorsiones de la competencia que se producirán con este plazo tan largo para mantener al operador designado. Entre otras consecuencias, destaca: la eliminación de la posibilidad de introducir competencia en la prestación del servicio postal universal durante un plazo extraordinariamente largo; el incumplimiento de la Directiva de 2008 que exige que la adjudicación se realice en base a un proceso abierto y transparente, etcétera.

Estos operadores se encuentran sometidos a la obligación de solicitar la correspondiente autorización administrativa singular que les habilita para la ejecución y prestación de cualesquiera de las funciones en relación con los servicios incluidos en el ámbito del servicio postal universal.

Como señala la LSPU, las autorizaciones tienen carácter reglado, previa acreditación del cumplimiento por el solicitante de los requisitos exigibles de acuerdo a lo establecido en el Título IV de la LSPU, de las condiciones expresadas en el art. 41.1 como contenido de la declaración responsable que deben presentar ante la Comisión Nacional del Sector Postal quienes pretendan prestar servicios postales comprendidos dentro del servicio postal universal y de las condiciones de calidad, extensión territorial y alcance material del servicio que voluntariamente ofrezca a sus clientes el solicitante de la autorización.

Adicionalmente, este tipo de operadores asumen el siguiente elenco de obligaciones: las de servicio público que les sean impuestas; la no perturbación, en la prestación de los servicios postales, de las garantías establecidas para compensar al operador designado para la prestación del servicio postal universal; facilitar a la Comisión Nacional del Sector Postal toda la información que se le requiera, con el fin de vigilar el cumplimiento de lo dispuesto en la LSPU o con fines estadísticos, sin perjuicio de las atribuciones de otros órganos administrativos u organismos; y publicar un informe anual que contenga información sobre el número de reclamaciones presentadas por los usuarios de los servicios postales incluidos en el ámbito del servicio postal universal que presta y la forma en que fueron tramitadas y resueltas.

Estos operadores que presten servicios postales deben inscribirse en el Registro General de Empresas Prestadoras de Servicios Postales. La inscripción, tal y como prevé el art. 39.2 de la LSPU, se practicará de oficio por la Comisión Nacional del Servicio Postal a partir de la información contenida en la declaración responsable o, en su caso, en la autorización administrativa singular, dependiendo del régimen aplicable al servicio postal que se preste.

C. FINANCIACIÓN DEL SERVICIO POSTAL UNIVERSAL: LA COMPENSACIÓN POR LA PRESTACIÓN DE OBLIGACIONES DE SERVICIO PÚBLICO

El establecimiento de obligaciones de servicio públicos, bien a antes de naturaleza jurídico-pública o a antes de naturaleza jurídico-privada, genera una serie de costes a los mismos. Se plantea así la necesidad de retribuir los costes generados por las obligaciones impuestas.

Las retribuciones pueden adoptar diversas modalidades, desde una mera asignación presupuestaria a la Administración que asume la obligación de prestar el servicio público, hasta la atribución de derechos especiales o exclusivos, pasando por subvenciones, tarifas, etcétera¹⁹.

¹⁹ Sobre las formas de compensación, véase J. J. MONTERO PASCUAL, «Régimen jurídico de los servicios de interés económico general», en *Financiación de las obligaciones de servicio público*, Valencia, Tirant lo Blanch-UNED, 2009, pp. 31 y ss.

Esta compensación derivada de la asunción de obligaciones de servicio público plantea el problema de que la misma pueda ser excesiva, superando la mera retribución del coste generado por la obligación de servicio público, de tal modo que constituya una ayuda pública que distorsione la competencia entre las empresas que prestan sus servicios en un mercado determinado. Así, la obligación de servicio público puede realmente conllevar un privilegio para la entidad que la asume, lo que puede ser contrario a las normas de competencia establecidas en el TFUE.

Como señala la doctrina *Altmark* la clave del régimen jurídico de la compensación de las obligaciones de servicio público estriba en que «la compensación no puede superar el nivel necesario para cubrir total o parcialmente los gastos ocasionados por la ejecución de las obligaciones de servicio público». En consecuencia, si la compensación se limita a cubrir el coste de la prestación de la obligación de servicio público impuesto por la norma, no se vulneran las normas de competencia del TFUE.

En aquellos supuestos en que la atribución de las obligaciones de servicio público no provenga o sea consecuencia directa de un acto de licitación pública, sino de la atribución directa por la Ley, en este caso por la LSPU, cabe que dicha atribución recaiga sobre un operador determinado, como es el caso de Correos y Telégrafos, o sobre otros operadores distintos²⁰.

El art. 28 de la LSPU establece expresamente la financiación de las obligaciones de servicio público del servicio postal universal impuestas al operador designado:

«La Comisión Nacional del Sector Postal determinará, previo informe preceptivo del Ministerio de Economía y Hacienda, la cuantía de la carga financiera injusta que comportan las obligaciones de servicio público del servicio postal para el operador designado.

A tal efecto, se entenderá por carga financiera injusta el resultado de minorar el coste neto en el importe en el que se cuantifiquen los ajustes derivados del incumplimiento de las condiciones de eficiencia establecidas en el Plan de prestación a que se refiere el art. 22 de la presente Ley. La cuantía de la carga financiera injusta se compensará con cargo al Fondo de Financiación creado [...]».

Por tanto, la compensación de las obligaciones de servicio público gira en torno a la figura de la *carga financiera injusta* y el cálculo de la misma, con el objeto de examinar si la compensación se encuentra dentro del marco de la doctrina *Altmark* o, por el contrario, es excesiva y constituye una ayuda de Estado que debe ser notificada y aprobada o rechazada por la Comisión.

²⁰ La opción empleada por la LSPU ha sido objeto de diversas críticas. Así, J. J. MONTERO PASCUAL señala que «en cualquier caso, la designación directa de Correos sin un proceso de licitación impide que a través del mismo se identifique al operador que más eficientemente puede prestar el servicio y, sobre todo, el coste que la prestación del servicio postal universal supone para dicho operador eficiente», *ibid.*

a) *La compleja determinación del coste de las obligaciones de servicio público*

La determinación del coste de la prestación de la obligación de servicio público en el ámbito de los SIEG ha resultado conflictiva. Así, el criterio jurisprudencia establecido en *Altmark* entiende que «el nivel de compensación necesaria debe calcularse sobre la base de un análisis de los costes de una empresa media, bien gestionada y adecuadamente equipada [...] habría soportado para ejecutar estas obligaciones, teniendo en cuenta los ingresos correspondientes y un beneficio razonable para la ejecución de estas obligaciones».

La LSPU establece en su art. 27 la determinación del coste neto de las obligaciones de servicio público. En este sentido, se deben emplear para dicho cálculo los siguientes criterios: en primer lugar, se advierte que el coste neto se calculará como la diferencia entre el coste neto que le supone al operador designado prestar el servicio postal universal operando con obligaciones de servicio público y el correspondiente al mismo proveedor de servicios postales si operara en las citadas obligaciones. Además, en ese cálculo debe tenerse en consideración cualquier otro elemento que resulte pertinente como las garantías y las ventajas inmateriales y de mercado de que pueda gozar el operador designado para la prestación del servicio postal universal, el derecho a obtener un beneficio razonable y los incentivos dirigidos a obtener la eficiencia en costes.

Esta metodología que emplea la LSPU ha sido objeto de diversas críticas por parte de la CNC en su Informe sobre *El nuevo marco de regulación del sector postal tradicional es España*. Así en primer lugar, señala que el procedimiento de cálculo del coste neto adolece de falta de transparencia, dado que el operador designado para la prestación del servicio postal universal es una empresa estatal con capital íntegramente público, por lo que no puede descartarse el riesgo de un posible conflicto de intereses en el diseño que establezca este desarrollo de la metodología del cálculo de la compensación al operador designado. Por otro lado, las normas que fijan el cálculo de la compensación de la carga injusta deberían incluir, en primer lugar, la opción del modelo teórico de cálculo seleccionado, así como los detalles de la estimación de los beneficios comerciales derivados de la condición de prestador del servicio postal universal y de las ventajas intangibles asociadas a tal condición, la definición de qué debe entenderse por beneficio razonable, y la determinación de los mecanismos a introducir en el sistema de compensación para fomentar la eficiencia en costes del operador designado²¹.

²¹ Resulta interesante la Sentencia del TG de 1 de julio de 2008, asunto *Deutsche Post AG c. Comisión*, T-266/02, en el que se aborda un caso de subvenciones cruzadas en los servicios postales y donde queda puesto de manifiesto la complejidad de la determinación de los costes en que incurren los operadores que prestan obligaciones de servicio público de SIEG. El asunto se había originado por la denuncia presentada por dos competidores rivales de DPAG en el mercado de servicios de paquetería «puerta a puerta» que estaba abierto a la competencia y se centraba en la posible existencia de un abuso de posición de dominio por la venta a pérdida en sus servicios y por ayudas estatales,

b) *Los instrumentos de financiación de las obligaciones del servicio postal universal*

Diversos son los instrumentos diseñados por la LSPU para la financiación de la carga financiera injusta. La financiación de las obligaciones de servicio público no precisa de manera obligatoria del desembolso de fondos monetarios a favor del operador designado. La compensación puede llevarse a cabo mediante el otorgamiento de otras modalidades de beneficio económico para Correos y Telégrafos; de hecho la principal compensación otorgada a esta sociedad en el pasado era el derecho exclusivo a la prestación de los servicios postales reservados. Otras vías de financiación son los fondos públicos, las contribuciones de los operadores activos en el mercado o las contribuciones de los usuarios.

b.1) *El problema de los denominados derechos compensatorios*

Inicialmente, las Directivas postales, antes de su última reforma, preveían la posibilidad de conceder derechos exclusivos para la prestación de determinados servicios postales previstos de forma expresa²²; si bien exigía a los Estados miembros la justificación de la necesidad del mantenimiento de los citados derechos.

El TJUE en su Sentencia de 15 de noviembre de 2007, *International Mail Spain SL c. Administración del Estado y Correos*²³, que tenía por ob-

al sufragar dichas pérdidas «bien por medio de ingresos generados en el sector reservado, bien por medio de fondos públicos concedidos infringiendo el art. 87 TCE». La Comisión había dado la razón a los denunciantes.

Sin embargo, el TG anula la Decisión señalando que «cuando se conceden fondos estatales a fin de compensar los costes adicionales derivados del cumplimiento de un SIEG en las circunstancias que se mencionan [...], la Comisión no puede, si no quiere privar de toda eficacia al art. 86 TCE, apartado 2 (actual art. 106.2 SFUE), calificar como ayuda de Estado a toda o a una parte de los fondos públicos concedidos si la cuantía total de dichos fondos es inferior a los costes adicionales generados por el cumplimiento de dicha misión específica de SIEG». A continuación el TG procedió a examinar si las compensaciones superan a los costes derivados del SIEG asumido. A tal respecto, señala que «[...] si bien el tribunal de Primera instancia ha reconocido a la Comisión cierto margen de apreciación en cuanto a la adopción del método más apropiado para comprobar la inexistencia de subvención cruzada en beneficio de actividades competitivas [...], no es menos cierto que la Comisión conforme a la Sentencia *Altmark* [...], no puede calificar de ayuda de Estado los fondos estatales vinculados al cumplimiento de un SIEG. En el caso de autos, al no examinar si el importe de las transferencias de DB Telekom sobrepasaba el importe de los sobrecostes netos no discutidos, la Comisión, tal como se desprende del análisis de la Decisión impugnada [...], no podía presumir que dichas transferencias hubieren conferido a la demandante una ventaja, dado que la República Federal de Alemania le había proporcionado información de la que resultaba que era verosímil que el importe total de las mencionadas transferencias no sobrepasaba el importe total de los sobrecostes netos no discutidos». Sobre este tema, véase J. A. RODRÍGUEZ MIGUEZ, «La financiación pública...», *op. cit.*, pp. 123 y ss.

²² Así, por ejemplo, se incluía el derecho al establecimiento de apartados postales destinados a la entrega de correspondencia, siempre que no incorporaran servicios liberalizados; la preferencia del despacho en el control aduanero de los envíos incluidos en el servicio postal universal; la distribución de los sellos de correos u otros medios de franqueo, pudiendo hacerse la venta al por menor a través de la red postal pública o a través de terceros; el derecho a la utilización exclusiva de la denominación «Correos», etc.; sobre este punto, véase E. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, «La financiación de las obligaciones de servicio público en el sector postal», en *Financiación de las...*, *op. cit.*, p. 113.

²³ C-162/06.

jeto una petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo, sobre el derecho exclusivo otorgado a Correos por la Ley postal, estableció que tanto la Directiva como el propio Tratado condicionaban el derecho exclusivo a la necesidad de la medida para la consecución del objetivo de interés económico general en cuestión, en este supuesto el servicio postal universal. Así, indicó

«[...] la utilización de la palabra “necesario” se opone a que dicha reserva se justifique por consideraciones de mera oportunidad».

De tal modo que la reserva sólo se justificaba cuando sin ella se impidiera la correcta prestación del servicio postal universal o su prestación no fuera posible en condiciones económicas viables.

En base a esta jurisprudencia, se modificó la Directiva postal en el sentido de excluir expresamente la posibilidad de compensar al operador designado a través de la atribución de derechos exclusivos o especiales para la prestación de este tipo de servicios públicos. Como afirma J. J. MONTERO PASCUAL «esto ha llevado a poner fin al monopolio histórico de Correos en España, uno de los hitos de la Ley 43/2010»²⁴.

No obstante, la LSPU incluye a lo largo de sus disposiciones una serie de privilegios, los denominados *derechos compensatorios*, a favor del operador designado para la prestación del servicio postal universal. A pesar de la prohibición expresa formulada por el Derecho comunitario de compensar al prestador del servicio postal universal, la legislación española recoge una serie de derechos compensatorios que, en algunos supuestos, implican una distorsión de la libre competencia, como señala la CNC en su Informe sobre este sector. Destacan, en este sentido, la exención tributaria garantizada a Correos y Telégrafos y las relaciones que éste tiene con las Administraciones Públicas.

Por lo que se refiere a la exención tributaria, el art. 22.2 de la LSPU establece que «el operador designado por el Estado para la prestación del servicio postal universal quedará exento de los tributos que graven su actividad vinculada al servicio postal universal excepto el impuesto sobre sociedades». Esta previsión podría ser contraria a la prohibición de conceder derechos compensatorios al prestador del servicio postal universal, aparte de que podría ser considerada como una ayuda de Estado.

Debe advertirse, como hace la CNC en el informe mencionado, que la legislación europea permite la exención del IVA para aquellos servicios postales que se prestan con una vinculación directa a la satisfacción de obligaciones de servicio público, si bien el ámbito de la exención establecido en el art. 22.2 LSPU excede al de la normativa europea. Como ha señalado el TJUE en el asunto *TNT Post*²⁵, para que se pueda acoger un prestador de servicio postal universal a dicha exención tributaria deben cumplirse dos condiciones: una de índole subjetiva, esto es, que el bene-

²⁴ «La financiación del servicio...», *op. cit.*, p. 262.

²⁵ STJUE de 23 de abril de 2009, C-357/07.

ficiario debe ser el operador designado como prestador del servicio postal universal; y otra condición objetiva, de tal modo que sólo pueden quedar exentos los servicios prestados en el marco de las obligaciones de servicio postal universal.

Por tanto y de acuerdo con esta jurisprudencia, no cabe *a sensu contrario*, aplicar la exención a aquellos servicios distintos del servicio de interés general, como pueden ser los que responden a las necesidades específicas de algún operador. Entre éstos se pueden incluir las prestaciones desarrolladas por los servicios públicos postales cuyas condiciones se negocian individualmente, entre los que pueden incluirse los contratos con grandes emisores de correos. Los descuentos aplicados en estos supuestos y las condiciones de preparación del correo son, sin duda, el resultado de una negociación entre las partes. En consecuencia, no resulta viable eximir del pago del IVA a estos servicios.

En este sentido, la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el 2011 recogió una serie de reformas en la Ley del IVA que incluyeron la adaptación de la exención del IVA postal. Así, el nuevo art. 20.1 de la Ley del IVA, recoge el ámbito de la exención tributaria a la que tiene derecho Correos y Telégrafos que se circunscribe a «las prestaciones de servicios y las entregas de bienes accesorias a ellas que constituyan el servicio postal universal siempre que sean realizadas por el operador u operadores que se comprometen a prestar todo o parte del mismo», y advertir de que «esta exención no se aplicará a los servicios cuyas condiciones de prestación se negocien individualmente».

Por otro lado, respecto a las relaciones con las Administraciones Públicas la LSPU otorga en exclusiva a Correos y Telégrafos la presunción de veracidad y fehaciencia de las notificaciones de órganos administrativos y judiciales por medios físicos y telemáticos, que otorgan al operador designado ventajas que pueden exceder de la justa compensación por su prestación de obligaciones de servicio público.

Finalmente, la LSPU mantiene otros derechos de carácter compensatorio a favor del operador designado, derivados fundamentalmente de la fuerte vinculación pública de esta empresa, como son la utilización del término España y de los signos de Correos, la ocupación del dominio público para el desarrollo de la red postal y la condición de beneficiario en procedimientos de expropiación forzosa; y, la cesión de espacios por los entes que gestionan la red de ferrocarriles, puestos y aeropuertos para que sean destinados a la prestación del servicio postal universal.

b.2) *Otras vías de financiación*

El art. 29 de la LSPU prevé entre las diversas fuentes de financiación de la carga financiera injusta del operador designado las transferencias consignadas en los presupuestos generales del Estado, creándose un Fondo de Financiación del servicio postal universal.

De igual modo, la LSPU contempla la financiación por prestaciones patrimoniales de carácter público impuestas a los propios operadores postales. Así, el art. 31 de la LSPU prevé la denominada contribución postal, que consiste en una contribución anual del 0,5 por 100 del importe neto de la cifra de negocios que obtengan en cada periodo impositivo los titulares de licencias individuales, incluyendo al operador designado.

Quedan exentos de la contribución postal los operadores con una cifra de negocios inferior a los 50.000 euros. Se trata de una cautela establecida por la LSPU tendente a reducir el impacto en la competencia así como el coste administrativo del sistema. Igualmente, quedan exentos los operadores a los que se puede llegar a imponer obligaciones de servicio público, de acuerdo con lo previsto en el art. 43.2.a) LSPU.

Finalmente, se establece otra posible fuente de financiación de la carga financiera injusta como es el pago por los usuarios de una cantidad por el uso de los servicios postales, en forma de donaciones o legados para la financiación del servicio postal universal, que como apunta J. J. MONTERO PASCUAL «no parece llamada a tener un gran protagonismo»²⁶.

²⁶ «La financiación del servicio...», *op. cit.*, p. 265.

LA TENSIÓN ENTRE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INDUSTRIAL Y EL DERECHO DE LA COMPETENCIA A LA VISTA DE LAS RECIENTES ACTUACIONES Y DECISIONES ADOPTADAS POR LA COMISIÓN EUROPEA

Miquel MONTAÑA MORA

Rais AMILS ARNAL*

1. INTRODUCCIÓN

A pesar de que los derechos de propiedad industrial y el Derecho de la competencia constituyen dos caras de la misma moneda, históricamente en las cocinas donde se cuece el Derecho de la Unión se les ha tratado como si fueran dos mundos separados. Así, mientras que las normas sustantivas que regulan el Derecho de la competencia constituyen desde los años sesenta una de las joyas de la Corona del proceso de construcción europea, durante décadas las instituciones de la Unión intentaron sin éxito aprobar normas sustantivas uniformes que regularan el Derecho de patentes, una de las modalidades más importantes de la propiedad industrial. Finalmente, en diciembre de 2012, tras décadas de fracasos sucesivos, el Legislativo de la Unión renunció someter las patentes al Derecho de la Unión al objeto de intentar evitar que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE o Tribunal de Justicia) pusiera sus manos sobre los asuntos de patentes¹. Al parecer, los arquitectos del proyecto que ha llevado a la creación de la denominada «patente europea con efecto unitario» consideraron que el TJUE no es suficientemente rápido y competente para conocer de asuntos de patentes. ¿Solución? Someter la «patente europea con efecto unitario» al Derecho interno de los Estados miembros, en lugar de someterla al imperio del Derecho de la Unión. Tal como hemos escrito recientemente en otro

* Abogados de Clifford Chance. Los autores agradecen la ayuda prestada por Chus VALERO y Mireia PRAT durante la preparación de este artículo. Por su parte, Miquel MONTAÑA desea agradecer a su coautora, al marido y a sus dos hijas que hayan soportado prácticamente la totalidad del peso de la investigación y redacción que ha permitido la publicación de este trabajo.

¹ Reglamento (UE) núm. 1257/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de diciembre, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la creación de una protección unitaria mediante patente, publicado en el *DOUE L* 361/89, de 31 de diciembre de 2012.

lugar, ello constituye uno de los ejemplos menos edificantes del creciente proceso de deconstrucción europea².

Otro ejemplo del abismo que históricamente ha separado estos dos mundos lo encontramos en los procedimientos de aplicación. Mientras que de un tiempo a esta parte la Comisión ha centrifugado la aplicación del Derecho de la competencia al objeto de valerse de los recursos de los Estados miembros, la aplicación del Derecho de patentes pretende someterse a fuerzas centrípetas, a través de la creación de un proyectado «Tribunal Unificado de Patentes» mediante el que se pretende centralizar los asuntos de patentes en París, Londres y Munich³. Ello constituye un nuevo ejemplo de las lógicas contradictorias que han inspirado —y siguen inspirado— el proceso de construcción (*sic*) europea, en la que a menudo los departamentos que rigen los destinos de la Unión no parecen actuar como vasos comunicantes sino como compartimentos estancos.

Sólo así se entiende que en los últimos años la Comisión de la Unión Europea («Comisión Europea») haya descubierto con sorpresa que en determinadas circunstancias los derechos de propiedad industrial (y, en particular, los derechos de patente) pueden producir efectos restrictivos de la competencia. Por ejemplo, tal como destacó el antiguo juez Sir Robin Jacob, uno de los jueces europeos de patentes con mayor experiencia, en una conferencia que impartió en la Universidad de Fordham en marzo de 2009, resulta sencillamente asombrosa la cantidad de recursos, tiempo y dinero que la Comisión Europea invirtió en la investigación sectorial llevada a cabo en el sector farmacéutico, teniendo en cuenta que la única persona sorprendida por las conclusiones de su informe fue la propia Comisión⁴.

Y es que los términos «competencia» y «monopolio» son, por definición, términos opuestos. Así, nuestra Real Academia de la Lengua define «monopolio» como «situación de mercado en que la oferta de un producto se reduce a un solo vendedor», situación que aparentemente se opone a la finalidad perseguida por la competencia. Ahora bien, ¿son siempre los monopolios contrarios a la competencia? Este artículo pretende abarcar esta cuestión en relación con aquellos monopolios temporales que nuestro ordenamiento otorga a un operador como premio o contraprestación por la inversión realizada en el desarrollo de una invención, a saber, los mono-

² M. MONTAÑA MORA, «La patente europea con efecto unitario y el Tribunal Unificado de Patentes (“TUP”): de la anhelada patente de la Unión Europea a la “descomunitarización” del Derecho europeo de patentes», artículo que se publicará próximamente en el libro conmemorativo del 50.º aniversario del grupo español de la Asociación Internacional para la Protección de la Propiedad Industrial (AIPPI). Puede consultarse también M. MONTAÑA MORA, «La frágil arquitectura del proyectado sistema de patentes de la Unión Europea», en R. MORRAL SOLDEVILA, *Problemas actuales de Derecho de la Propiedad Industrial, I Jornada de Barcelona de Derecho de la Propiedad Industrial*, Barcelona, 2011, pp. 49-108.

³ M. MONTAÑA MORA, «Una casa de patentes de la UE sin habitaciones para Italia y España», en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 26, marzo-abril de 2012, pp. 5-7.

⁴ Una crítica a las conclusiones de la Investigación Sectorial en el Sector Farmacéutico desde el punto de vista del Derecho de propiedad industrial la encontramos en R. JACOB, «The European Commission Pharma Sector Inquiry. A Paper by the Rt. Hon. Sir Robin Jacob For the Fordham Conference, March 2009», consultable en <http://www.jurisdiction.com/Jacob.pdf>.

polios temporales que confieren los derechos de propiedad industrial y, en concreto, las patentes. Abarcaremos esta cuestión a la vista de las últimas resoluciones y actuaciones adoptadas por la Dirección General de Competencia de la Comisión Europea en estos últimos años.

Las patentes confieren a su titular una exclusiva en la explotación de su invención durante un periodo mínimo de veinte años⁵ y, con ello, el derecho a impedir que terceros competidores hagan uso de su invención sin su consentimiento (*ius prohibendi*). Si bien es un hecho que las patentes confieren una exclusividad en el mercado a su titular, también es un hecho cierto que si los operadores no vieran resarcida su actividad de I+D con la concesión de dicho monopolio, aunque temporal, no tendrían ningún incentivo en invertir en I+D. Y sin inversión en I+D, la competencia se vería negativamente afectada.

La Comisión Europea es consciente de que, a pesar del aparente antagonismo, los derechos de propiedad industrial y el Derecho de la competencia confluyen y tienen un objetivo común: el fomento de la competencia dinámica. Ambos pretenden promover que las empresas inviertan en el desarrollo de productos y procesos nuevos o mejorados, como forma de ganar cuota de mercado y atraer nuevos consumidores⁶. No obstante ello, en los últimos años las autoridades de defensa de la competencia han expresado ciertos reparos al modo en el que algunas empresas han hecho valer sus derechos de propiedad industrial.

Históricamente, las autoridades de la competencia han distinguido⁷ entre la concesión y existencia del derecho de propiedad industrial, protegido, como todo derecho de la propiedad, por el art. 17 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁸ y el art. 345 del Tratado de Funcio-

⁵ Conforme al art. 33 del Acuerdo sobre los ADPIC, Anexo IC del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, firmado en Marrakech, Marruecos, el 15 de abril de 1994 («Acuerdo ADPIC»), los miembros de la Organización Mundial del Comercio se comprometen a proteger las patentes durante un periodo mínimo de veinte años. Por lo general, su duración se limita a veinte años, si bien en determinados sectores (por ejemplo, el farmacéutico) se prevén prórrogas destinadas a compensar parte del periodo de vigencia de la patente consumido para acreditar la calidad, eficacia y seguridad de la invención a satisfacción de las autoridades competentes. En el campo de los medicamentos, esta prórroga se articula a través del denominado «certificado complementario de protección», denominación desafortunada, pues en rigor lo que se complementa no es el certificado sino la protección. En nuestra opinión, sería preferible la denominación «certificado de protección complementaria».

⁶ Directrices relativas a la aplicación del art. 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de transferencia de tecnología (2014/C 89/03), apartado 7. En sentido similar se pronuncian las Directrices sobre la aplicabilidad del art. 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal (2011/C 11/01), apartado 269.

⁷ La distinción entre existencia del Derecho de propiedad industrial y su ejercicio ya fue anunciada en el año 1968 en la histórica Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29 de febrero de 1968, asunto 24-67, *Parke, Davis and Co. v. Probet, Reese, Beiniema-Interpharm y Centrafarm*, en el que el entonces denominado TJCE dijo lo siguiente: «Considerando que de todo lo anterior se deduce, por una parte, que las prohibiciones establecidas [...] en el art. 86 del Tratado no afectan a los derechos concedidos por un Estado miembro al titular de una patente de invención y, por otra parte, que el ejercicio de estos derechos, en sí mismo, no puede estar comprendido [...] dentro del art. 86, si no se da ningún abuso de posición dominante».

⁸ Art. 17 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000/C 364/01): «1. Toda persona tiene derecho a disfrutar de la propiedad de sus bienes adquiridos legalmente, a usarlos, a disponer de ellos y a legarlos. Nadie puede ser privado de su propiedad más que por causa

namiento de la Unión Europea (TFUE)⁹, y su ejercicio, el cual puede tener por objeto o por efecto la restricción de la competencia, en contravención del art. 101 del TFUE, o un abuso de la posición de dominio que la titularidad del derecho de propiedad industrial puede conferir a su titular en el mercado, contraria al art. 102 del TFUE¹⁰.

El recelo por parte de las autoridades de la competencia sobre cómo los derechos de propiedad industrial son ejercitados por sus titulares ya se puso claramente de manifiesto en las conclusiones alcanzadas por la Dirección General de Competencia de la Comisión Europea con la ya mencionada investigación sectorial llevada a cabo en el sector farmacéutico, tras la cual alegó «sorprenderse» de que en dicho sector los titulares de derechos de propiedad industrial llevaran a cabo ciertos comportamientos que, a su entender, podrían ser restrictivos de la competencia. Ahora bien, si se analizan las críticas esgrimidas por la Comisión Europea en sus conclusiones de dicha investigación sectorial se puede observar que las mismas se dirigen, más que a las conductas concretas de los operadores de dicho sector farmacéutico, al funcionamiento del sistema de patentes en general¹¹. Y dicho recelo se ha seguido manifestando en las distintas actuaciones que ha adoptado en los últimos años en el sector farmacéutico y en el de las telecomunicaciones, en los que nos centraremos a lo largo de este trabajo.

En el presente artículo procederemos a revisar y analizar las últimas actuaciones y resoluciones dictadas por la Comisión Europea y el TJUE en torno a las cuales el debate Derecho de la competencia *versus* Derecho de la propiedad industrial, el cual se abrió principalmente con resoluciones tan controvertidas como las de los asuntos *Magill*, *IMS* y *Microsoft*, en los que el Tribunal de Justicia consideró que, en circunstancias excepcionales, puede obligarse al titular de un derecho de propiedad industrial e intelectual a conceder una licencia a un tercero competidor¹², ha resurgido de nuevo con fuerza.

de utilidad pública, en los casos y condiciones previstos en la ley y a cambio, en un tiempo razonable, de una justa indemnización por su pérdida. El uso de los bienes podrá regularse por ley en la medida que resulte necesario para el interés general. 2. Se protege la propiedad intelectual».

⁹ Art. 345 TFUE (antiguo art. 295 TCE): «Los Tratados no prejuzgan en modo alguno el régimen de la propiedad en los Estados miembros».

¹⁰ La posición de la Comisión Europea se desprende de las manifestaciones del Sr. Joaquín Almunia, vicepresidente de la Comisión Europea y encargado de la política de competencia recogidas en la nota de prensa de la Comisión Europea IP/13/406, de 6 de mayo de 2013: «*Antitrust: Commission sends Statement of Objections to Motorola Mobility on potential misuse of mobile phone standard-essential patents*»: «*The protection of intellectual property is a cornerstone of innovation and growth. But so is competition. I think that companies should spend their time innovating and competing on the merits of the products they offer - not misusing their intellectual property rights to hold up competitors to the detriment of innovation and consumer choice*».

¹¹ Tal y como afirma Sir Robin Jacob en la ponencia antes citada en la nota al pie núm. 4: «*A serious revelation that the Competition Directorate does not really understand how the patent system works and has always —complaints about clusters, using patents to restrain competitors are in truth complaints about the system itself— there is nothing special about the pharma sector here*».

¹² Así, en la Sentencia del Tribunal General (Sala 2.^a), de 27 de junio de 2012, *Microsoft Corp. v. Comisión Europea*, asunto T-167/08, se señala, en el párrafo 139 que «para que la negativa de una empresa titular de un derecho de autor a permitir el acceso a un producto o a un servicio indispensable para desarrollar una actividad determinada pueda calificarse de abusiva, basta que se cumplan tres

En primer lugar, se repasarán las principales novedades introducidas por el Reglamento (UE) núm. 316/2014, de la Comisión, de 21 de marzo, relativo a la aplicación del art. 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos de transferencia de tecnología («RECAT 2014»). A continuación se expondrán algunos ejemplos prácticos de aplicación del art. 101 del TFUE, lo cual nos llevará a centrar nuestra atención en los asuntos *Servier* y *Lundbeck*, en los que la Comisión Europea ha entendido que los acuerdos transaccionales alcanzados por los laboratorios farmacéuticos implicados eran restrictivos de la competencia, por considerar que tenían como finalidad retrasar la entrada al mercado de medicamentos genéricos competidores. La parte IV del artículo se dedicará a repasar algunos ejemplos prácticos de aplicación del art. 102 del TFUE, el cual prohíbe los abusos de posición de dominio. En particular, se analizará la decisión de la Comisión Europea dictada en el asunto *AstraZeneca* y el análisis del mercado relevante llevado a cabo en dicha resolución, y las decisiones recientemente adoptadas en los asuntos *Motorola* y *Samsung*, ambos enmarcados en el ámbito de las patentes esenciales en el sector de la telefonía móvil. En dichas resoluciones la Comisión Europea ha concluido que, en condiciones excepcionales, como puede ser en el caso de una patente esencial para la implementación de un estándar para la cual un tercero está interesado en adquirir una licencia en términos y condiciones conocidos como términos «FRAND», por sus siglas en inglés de *Fair, Reasonable and Non-Discriminatory* (justos, razonables y no discriminatorios), la solicitud de medidas cautelares contra dicho tercero por parte del titular de la patente esencial, aunque se trate del ejercicio legítimo del *ius prohibendi* que dicha patente le confiere, puede suponer un abuso de posición de dominio. El artículo finaliza con unas conclusiones en las que se expresa la esperanza de que en el futuro la Comisión adopte una postura cautelosa basada en la «*rule of reason*» como hacen las autoridades de defensa de la competencia al otro lado del Atlántico.

2. EL NUEVO REGLAMENTO SOBRE ACUERDOS DE TRANSFERENCIA DE TECNOLOGÍA: MÁS RESTRICTIVO TODAVÍA

A. PRINCIPALES NOVEDADES

Los acuerdos de licencia son aquellos por los que una empresa titular de un derecho de propiedad industrial autoriza a otra la explotación del

requisitos con carácter acumulativo, a saber, que esa negativa obstaculice la aparición de un producto nuevo para el que existe una demanda potencial de los consumidores, que carezca de justificación y que pueda excluir toda competencia en un mercado derivado (Sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de abril de 2004, *IMS Health*, C-418/01, Rec. p. I-5039, apdo. 38)». Dicha doctrina se basa en las Sentencias anteriores dictadas por el Tribunal de Justicia de 6 de abril de 1995, asuntos acumulados C-241/91P y C-242/91P, *Radio Telefis Eireann (RTE)*, e *Independent Television Publications Ltd (ITP)*, apoyadas por *Intellectual Property Owners Inc. (IPO) v. Comisión Europea*, apoyada por *Magill TV Guide Ltd* (asunto *Magill*) y de 29 de abril de 2004, *IMS Health GmbH & Co. OHG v. NDC Health GmbH & Co. KG*, asunto C-418/01 (2004) I-05039 (asunto *IMS*).

mismo. Al tratarse de acuerdos entre empresas, en principio los mismos pueden caer dentro de la prohibición prevista en el art. 101.1 del TFUE si tienen como objeto o por efecto la restricción de la competencia. Asimismo, los acuerdos de licencia pueden, en su caso, beneficiarse de la exención a la misma recogida en el apartado tercero de dicho precepto, así como de los reglamentos de exención aprobados por la Comisión Europea relativos a la aplicación de dicho art. 101.3 del TFUE a determinadas categorías de acuerdos verticales¹³, horizontales¹⁴, de transferencia de tecnología y licencia¹⁵, entre otros, según la clasificación que el acuerdo concreto merezca. A los efectos que nos ocupan, nos centraremos en aquellos acuerdos de licencia que tienen por objeto «la producción de los productos contractuales», regulados por el RECATT 2014.

En los años ochenta la Comisión Europea ya empezó a mostrar interés por asegurarse que la competencia en el mercado no se viera restringida por estos acuerdos y dictó dos reglamentos, uno relativo a las licencias de patentes y otro a las licencias de *know-how*¹⁶, los cuales, posteriormente, en 1996, fueron sustituidos por el Reglamento de exención por categorías para este tipo de acuerdos de licencia y transferencia de tecnologías¹⁷. Este reglamento fue a su vez sustituido por el Reglamento (CE) 772/2004 («RECATT 2004»)¹⁸, derogado recientemente por el RECATT 2014 que ahora nos ocupa.

La Comisión Europea reconoce que los acuerdos de licencia o de cesión de tecnología pueden mejorar la eficiencia económica y favorecer la

¹³ Si el acuerdo se clasifica como «vertical», esto es, un acuerdo celebrado entre empresas que operan en distintos niveles de producción o distribución, le será de aplicación el Reglamento (UE) núm. 330/2010, de la Comisión, de 20 de abril, relativo a la aplicación del art. 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas, así como las Directrices relativas a las restricciones verticales (2010/C 130/01). Dicho reglamento no es de aplicación a aquellos acuerdos verticales entre competidores (actuales o potenciales), salvo que se trate de un acuerdo recíproco.

¹⁴ Si el acuerdo se califica como «horizontal», esto es, se trata de un acuerdo entre competidores que operan en el mismo nivel, deberán atender las Directrices sobre la aplicabilidad del art. 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal (2011/C 11/01).

¹⁵ Si el acuerdo incluye una licencia o transferencia de tecnología, se regulará por el Reglamento (UE) núm. 316/2014, de la Comisión, de 21 de marzo, relativo a la aplicación del art. 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos de transferencia de tecnología (RECATT 2014) si el acuerdo tiene por objeto «la producción de los productos contractuales», es decir, de productos que incorporen la tecnología licenciada o sean producidos con ella. La licencia tiene que permitir al licenciataro o su(s) subcontratista(s) explotar la tecnología licenciada para la producción de bienes o servicios (véase asimismo el considerando 7 del preámbulo del RECATT 2014).

¹⁶ Reglamento (CEE) núm. 2349/84, de la Comisión, de 23 de julio, relativo a la aplicación del apartado 3 del art. 85 del Tratado CEE a ciertas categorías de acuerdos de licencia de patentes, *DO L* 219, de 16 de agosto de 1984, pp. 15-24, y Reglamento (CEE) núm. 556/89, de la Comisión, de 30 de noviembre, relativo a la aplicación del apartado 3 del art. 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de licencia de «*know-how*», *DO L* 61, de 4 de marzo de 1989, pp. 1-13.

¹⁷ Reglamento (CE) núm. 240/96, de la Comisión, de 31 de enero, relativo a la aplicación del apartado 3 del art. 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de transferencia de tecnología, *DOCE L* 31/2, de 9 de febrero de 1996.

¹⁸ Reglamento (CE) núm. 772/2004, de la Comisión, de 27 de abril, relativo a la aplicación del apartado 3 del art. 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de transferencia de tecnología, *DOUE L* 123/11, de 27 de abril de 2004.

competencia ya que pueden reducir la duplicación de la investigación y desarrollo, reforzar el incentivo para la investigación y desarrollo iniciales, fomentar más la innovación, facilitar la difusión y generar competencia en el mercado de productos¹⁹. Ahora bien, aunque, en general, los acuerdos de licencia son pro-competitivos, la Comisión Europea ha querido dejar claro que no tienen inmunidad frente al Derecho de la competencia²⁰. A este respecto, vale la pena recordar que el Acuerdo sobre los Aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio («Acuerdo ADPIC») ²¹ reconoce también que ciertas licencias de derechos de propiedad industrial pueden restringir la competencia y abre la posibilidad de que los Estados miembros puedan especificar qué prácticas relativas a la concesión de licencias pueden constituir un abuso de derechos de propiedad industrial con efectos negativos en la competencia como, por ejemplo, «las condiciones exclusivas de retrocesión, las condiciones que impidan la impugnación de la validez y las licencias conjuntas obligatorias»²².

La finalidad del RECAT 2014, al igual que la de sus predecesores, es dar a los operadores una «zona de seguridad» para cuando celebren acuerdos de licencia o de cesión de derechos de propiedad industrial, entre dos empresas, cuyo objeto sea la producción de productos contractuales²³. Así, si las empresas que celebran dicho acuerdo no superan una cuota de mercado conjunta del 20 por 100 (si son competidoras, actuales o potenciales) o del 30 por 100 (si no lo son), y el acuerdo no recoge ninguna de las cláusulas calificadas por el RECAT 2014 como «restricciones especialmente graves» (art. 4) o «restricciones excluidas» (art. 5), dicho acuerdo podrá beneficiarse de la exención por categoría otorgada por dicho reglamento, de manera que, con arreglo al art. 101.3 del TFUE, se entiende que la aplicación del art. 101.1 del TFUE no le será de aplicación.

Con carácter general, podemos afirmar que el RECAT 2014 sigue los mismos principios generales que el anterior Reglamento de Exención por Categorías del año 2004 (RECAT 2004). No obstante, el RECAT 2014 introduce ciertas novedades, a las que seguidamente nos referiremos. Como veremos, si se nos permite modificar una expresión circense («más difícil

¹⁹ Véase el considerando 4 del RECAT 2014, citado en la nota al pie núm. 15.

²⁰ Conferencia de A. VERNET, L. PEEPERKORN y T. MAASS, *The new technology transfer regime*, Brussels Matters, 7 de mayo de 2014.

²¹ Acuerdo ADPIC citado en la nota al pie núm. 5.

²² Art. 40 del Acuerdo ADPIC: «1. Los miembros convienen en que ciertas prácticas o condiciones relativas a la concesión de las licencias de los derechos de propiedad intelectual, que restringen la competencia, pueden tener efectos perjudiciales para el comercio y pueden impedir la transferencia y la divulgación de la tecnología. 2. Ninguna disposición del presente Acuerdo impedirá que los miembros especifiquen en su legislación las prácticas o condiciones relativas a la concesión de licencias que puedan constituir en determinados casos un abuso de los derechos de propiedad intelectual que tenga un efecto negativo sobre la competencia en el mercado correspondiente. Como se establece *supra*, un miembro podrá adoptar, de forma compatible con las restantes disposiciones del presente Acuerdo, medidas apropiadas para impedir o controlar dichas prácticas, que pueden incluir las condiciones exclusivas de retrocesión, las condiciones que impidan la impugnación de la validez y las licencias conjuntas obligatorias, a la luz de las leyes y reglamentos pertinentes de ese miembro».

²³ Definición de «acuerdo de transferencia de tecnología» recogida en el art. 1.c) del RECAT 2014, citado en la nota al pie núm. 15.

todavía»), el nuevo Reglamento podría definirse como el «más restrictivo todavía».

En cuanto a las «restricciones especialmente graves», el RECAT 2014 no introduce novedades significativas en relación con las restricciones graves en los acuerdos de licencia entre competidores. Dichas «restricciones especialmente graves» siguen refiriéndose, principalmente, a las restricciones a la libertad del licenciataria para fijar precios y a ciertas restricciones territoriales. No obstante, en relación con aquellos contratos entre no competidores, la Comisión Europea sí ha introducido en el RECAT 2014 una novedad en relación con las «restricciones especialmente graves»: se ha suprimido la excepción recogida en el anterior RECAT 2004 por la que, en estos acuerdos entre no competidores, se exencionaba de la prohibición del art. 101.1 TFUE «la restricción de ventas pasivas en un territorio exclusivo o a un grupo exclusivo de clientes asignado por el licenciante a otro licenciataria durante los dos primeros años en que este otro licenciataria vende los productos contractuales en dicho territorio o a dicho grupo de clientes»²⁴.

El RECAT 2004 partía de la premisa de que la propia naturaleza de los acuerdos de licencia y transferencia de tecnología, en los que hay unos derechos de propiedad industrial concedidos y una inversión significativa en I+D detrás de los mismos, permitía un régimen más laxo; de aquí que aceptara que, en los acuerdos entre no competidores, este tipo de restricciones de las ventas pasivas al territorio de otro licenciataria, por un periodo de dos años, estaban justificadas y podían beneficiarse de la exención²⁵. Es preciso señalar que en relación con la posibilidad de restringir las ventas pasivas de los licenciarios el RECAT 2004 ya adoptaba una postura más restrictiva que su predecesor, el Reglamento (CE) núm. 240/96, el cual permitía una restricción absoluta de las ventas pasivas por un plazo superior, de máximo cinco años²⁶. Este trato más benevolente de las restricciones de

²⁴ Art. 4.2.b) ii) del RECAT 2004 anterior, citado en la nota al pie núm. 18.

²⁵ Véase el apartado 101 de las Directrices relativas a la aplicación del art. 81 del Tratado CE a los acuerdos de transferencia de tecnología (2004/C 101/02), DO núm. C 101, de 27 de abril de 2004, pp. 0002-0042, aplicables al RECAT 2004: «[...] las restricciones de las ventas pasivas en el territorio exclusivo de un licenciataria por otros licenciarios con frecuencia no entran dentro del ámbito de aplicación del apartado 1 del art. 81 por un periodo de dos años a partir de la fecha en que el licenciataria en cuestión saca al mercado el producto que incorpora la tecnología licenciada por primera vez en el territorio exclusivo. [...] Al término de este periodo de dos años, las restricciones de las ventas pasivas entre licenciarios constituyen restricciones especialmente graves. Estas restricciones generalmente entran dentro del ámbito de aplicación del apartado 1 del art. 81 y hay pocas probabilidades de que cumplan los requisitos establecidos en el apartado 3 del art. 81. Concretamente, es improbable que estas restricciones sean indispensables para alcanzar eficiencias».

²⁶ En el apartado 15 del Preámbulo del Reglamento (CE) núm. 240/96 citado en la nota al pie núm. 17 se apuntaba que «[...] es conveniente eximir la obligación del licenciataria de no comercializar el producto bajo licencia en los territorios de los demás licenciarios (es decir, prohibición no sólo de competencia activa sino también de la pasiva) durante un periodo limitado a unos años, a partir de la fecha en que el producto bajo licencia se comercializa por primera vez en la Comunidad, y ello tanto si en dichos territorios la tecnología concedida consiste únicamente en "know-how" en elementos patentados o en ambos a la vez». El art. 1.1.6) declaraba inaplicable el art. 1 del art. 85 del Tratado (actual art. 101 TFUE) a la obligación del licenciataria de abstenerse de realizar ventas pasivas y el 1.2 establecía que «la exención de la obligación contemplada en el punto 6 del apartado 1 se concederá

las ventas pasivas en los contratos de licencia se justificaba por razones de incentivos a la inversión y de eficiencia²⁷.

Pues bien, el nuevo RECATT 2014 adopta una posición aún más restrictiva y prohíbe cualquier restricción de ventas pasivas entre licenciarios. La justificación facilitada por la Comisión a este cambio es que era necesario unificar el régimen previsto para los acuerdos verticales (que califica de «restricciones especialmente graves» cualquier restricción de las ventas pasivas) y el previsto para los acuerdos de transferencia de tecnología y licencia (ya que, como acabamos de apuntar, el RECATT 2004 anterior exencionaba estas restricciones en determinadas circunstancias). A pesar de ello, tal y como se explica en las Directrices del RECATT 2014, si bien este tipo de restricciones no se pueden beneficiar del RECATT 2014, puede caer fuera del art. 101.1 del TFUE si las mismas son «objetivamente necesarias para que el licenciario protegido se introduzca en un nuevo mercado»²⁸, para lo cual será preciso analizar las condiciones concretas de cada caso.

Es decir, la excepción de la que venían beneficiándose este tipo de cláusulas con carácter general con el anterior RECATT 2004, ha pasado a ser una excepción de aplicación caso-por-caso, lo que reduce la seguridad jurídica entre los operadores, quienes se verán obligados a justificar que era «objetivamente necesario» conceder al licenciario una protección total, no sólo de las ventas activas de los demás licenciarios en su territorio, sino también de las ventas pasivas por un periodo determinado, puesto que de lo contrario dicho licenciario no habría abierto ese nuevo mercado. Ello plantea el debate de qué entenderá la Comisión por «objetivamente necesario» y en qué circunstancias considerará que este tipo de restricciones (que antes estaban permitidas, en todo caso, si se acordaban entre no competidores y se limitaban en el tiempo) están justificadas²⁹.

El RECATT 2014 también introduce un par de cambios significativos en las «restricciones excluidas» (art. 5), éstas son, aquellas restricciones que quedan fuera de la exención por categorías, si bien no afectan al resto

para un periodo que no superará los cinco años a partir de la fecha en que uno de los licenciarios hubiere comercializado el producto bajo licencia por primera vez en el territorio del mercado común, siempre que y mientras, en dichos territorios, el producto esté protegido por patentes paralelas». Su predecesor, el Reglamento (CEE) núm. 2349/84, citado en la nota al pie núm. 16, también permitía estas restricciones por un plazo máximo de cinco años.

²⁷ Véase, por ejemplo, la Resolución del Consejo de la anteriormente denominada Comisión Nacional de la Competencia de 21 de julio de 2008, en el asunto 634/07, *MDC Ingeniería v. Productos Haller*.

²⁸ Directrices RECATT 2014, apartado 126, citadas en la nota al pie núm. 6.

²⁹ Una crítica a este cambio la encontramos en B. McGRATH, «Edwards Wildman Client Advisory: Revised European Technology Transfer Block Exemption Regulation Enters Into Force», mayo de 2014, <http://www.edwardswildman.com/edwards-wildman-client-advisory-revised-european-technology-transfer-block-exemption-regulation-enters-into-force-05-01-2014/>: «This change was justified by the Commission on the grounds that it achieved greater consistency between the TTBE and the regime applicable to vertical agreements not involving technology transfer (covered by the Vertical Agreements Block Exemption). This marked a departure from previous policy, which accepted that the nature of technology transfer agreements justified a more permissive regime. It is notable that, as well as representing a material tightening of the regime, this change runs contrary to the general trend of block exemptions to become more permissive over time».

del acuerdo, que sí podrá seguir beneficiándose de la misma (siempre y cuando, claro está, no incluya ninguna de las «restricciones especialmente graves»).

Por un lado, el RECATT 2014 establece que quedan fuera de la exención las obligaciones impuestas al licenciatarario de conceder al licenciante una licencia exclusiva sobre las mejoras que hubiera desarrollado sobre la tecnología licenciada, con independencia de si dichas mejoras son o no *disociables* de la tecnología licenciada, a diferencia del anterior RECATT 2004 que sí hacía esta distinción.

Así, de conformidad con el art. 5 del anterior RECATT 2004³⁰, quedaban excluidas del beneficio de exención las obligaciones impuestas al licenciatarario de ceder (en todo o en parte) al licenciante o de concederle una licencia *exclusiva* referente a las mejoras *disociables* que el licenciatarario hubiera desarrollado sobre la tecnología licenciada o a sus propias nuevas aplicaciones de la misma. *A sensu contrario*, si las mejoras *no eran disociables* de la tecnología licenciada, dichas obligaciones de cesión o de concesión de una licencia *exclusiva* a favor del licenciante referentes a las mismas sí podían beneficiarse de la exención recogida en el RECATT 2004. A este respecto, se entendía que un perfeccionamiento era «disociable» si «puede explotarse sin transgredir la tecnología licenciada»³¹. Si trasladamos al lenguaje de patentes los términos «disociable» y «no disociable» según la definición de los mismos realizada por la Comisión Europea, resulta que el concepto de «patente dependiente», regulado en el art. 56 de la Ley de Patentes³², podría equipararse al término «tecnología no disociable».

Pues bien, con el nuevo RECATT 2014 la distinción entre perfeccionamientos «disociables» y «no disociables» ha sido suprimida, de modo que se entiende «restricción excluida» en los términos del art. 5 del RECATT 2014 *cualquier* obligación impuesta al licenciatarario de conceder una licencia *exclusiva* o de ceder al licenciante los perfeccionamientos que hubiera desarrollado sobre la tecnología licenciada, con independencia de si éstos pueden entenderse «disociables» o «no disociables» de la misma. Valga apuntar que dicha prohibición se limita a la obligación de ceder (en todo

³⁰ El art. 5 del anterior RECATT 2004, citado en la nota al pie núm. 18, bajo la rúbrica «Restricciones excluidas» establecía lo siguiente: «1. La exención prevista en el art. 2 no se aplicará a ninguna de las siguientes obligaciones contenidas en los acuerdos de transferencia de tecnología: a) toda obligación directa o indirecta impuesta al licenciatarario de conceder al licenciante o a un tercero designado por el licenciante una licencia exclusiva referente a sus propios perfeccionamientos disociables o a sus propias nuevas aplicaciones de la tecnología licenciada; b) toda obligación directa o indirecta impuesta al licenciatarario de ceder en todo o en parte al licenciante o a un tercero designado por éste los derechos de sus propios perfeccionamientos disociables o de sus propias nuevas aplicaciones de la tecnología licenciada; [...]».

³¹ Párrafo 109 de las Directrices relativas al RECATT 2004, citadas en la nota al pie núm. 25.

³² De conformidad con el art. 56 de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes: «El hecho de que el invento objeto de una patente no pueda ser explotado sin utilizar la invención protegida por una patente anterior perteneciente a distinto titular no será obstáculo para la validez de aquélla. En este caso ni el titular de la patente anterior podrá explotar la patente posterior durante la vigencia de ésta sin consentimiento de su titular, ni el titular de la patente posterior podrá explotar ninguna de las dos patentes durante la vigencia de la patente anterior, a no ser que cuente con el consentimiento del titular de la misma o haya tenido una licencia obligatoria».

o en parte) o de conceder licencias *exclusivas*, por lo que la obligación de conceder al licenciante una licencia *no exclusiva* sobre dichos perfeccionamientos sí que puede seguir beneficiándose de la exención del RECATT 2014 (si concurren el resto de condiciones para ello, claro está). Como es de ver, nuevamente la Comisión Europea ha adoptado una posición más estricta, excluyendo del beneficio de la exención por categorías cláusulas que con el anterior RECATT 2004 sí podían beneficiarse de la misma.

La razón facilitada por la Comisión Europea para justificar la exclusión de dichas restricciones del beneficio de exención es que las mismas podían desincentivar la inversión, ya que el licenciario podría dejar de tener motivación para innovar la tecnología licenciada si está contractualmente obligado a ceder o a conceder al licenciante una licencia exclusiva sobre las innovaciones que él desarrolle sobre la tecnología licenciada³³. Ahora bien, la exclusión del beneficio de exención de las cláusulas que obliguen al licenciario a conceder una licencia *exclusiva* al licenciante sobre sus perfeccionamientos *no disociables* de la tecnología licenciada (las cuales bajo el régimen del RECATT 2004 sí podían beneficiarse de dicha exención), de manera que con el RECATT 2014 dicha obligación sólo puede exencionarse si se trata de una licencia *no exclusiva*, puede tener en la práctica poca repercusión mientras los derechos de propiedad industrial de la tecnología licenciada sigan vigentes. Y es que si estamos ante perfeccionamientos «no disociables» que, por definición, no pueden explotarse sin infringir la tecnología licenciada, las licencias *no exclusivas* que el licenciario pudiera conceder a terceros sobre dichos perfeccionamientos «no disociables» no podrán explotarse válidamente sin el consentimiento del titular de la tecnología licenciada, mientras sus derechos de propiedad industrial sobre la misma no caduquen (art. 56 de la Ley de Patentes), de forma que la licencia «no exclusiva» concedida al licenciante sobre dichas mejoras *no disociables, de facto* puede tener los efectos de una licencia *exclusiva*.

Por otro lado, el RECATT 2014 deja fuera de la exención por categoría la obligación (directa o indirecta) impuesta a una parte de no oponerse a la validez de los derechos de propiedad intelectual licenciados, sin perjuicio de la posibilidad, en aquellos supuestos en los que el acuerdo de licencia sea en *exclusiva*, de que el contrato prevea la expiración del mismo si el licenciario se opone a la validez de uno o varios de los derechos de propiedad industrial licenciados³⁴. Por el contrario, si el acuerdo de licencia es *no exclusivo*, la cláusula por la que el licenciante se reserva el derecho a terminar dicho contrato si el licenciario se opone a la validez de los derechos de propiedad industrial licenciados quedará fuera de la exención del RECATT 2014.

La finalidad perseguida con dicha modificación es clara: es de interés general que se revoquen aquellos derechos de propiedad industrial que in-

³³ Véase la Conferencia de los miembros de la Comisión citada en la nota al pie núm. 20.

³⁴ El anterior RECATT 2004 permitía que, en caso de que el licenciario se opusiera a la validez de uno de varios de los derechos de propiedad intelectual licenciados, que el licenciario resolviera el contrato, ya fuera éste exclusivo o no exclusivo.

curren en una causa de nulidad y que, por tanto, nunca debieron de concederse. Ello va en línea con lo manifestado por el Tribunal de Justicia en el asunto *Windsurfing*³⁵. Siendo ello así, la Comisión Europea ha constatado que este tipo de cláusulas de terminación suponían, en la práctica, un desincentivo muy importante por parte de los licenciatarios a impugnar la validez de los derechos de propiedad industrial, sobre todo en aquellos casos en los que la tecnología licenciada es necesaria para la producción del licenciatarario y le es difícil, o casi imposible, encontrar una tecnología alternativa viable³⁶.

B. REFERENCIA ESPECIAL A LOS ACUERDOS MEDIANTE LOS QUE SE RESUELVEN EXTRAJUDICIALMENTE LOS LITIGIOS

Las Directrices del RECATT 2014 introducen, a su vez, dos novedades importantes respecto de sus predecesoras: exponen la visión de la Comisión Europea sobre los acuerdos transaccionales que ponen fin a los procedimientos de validez o infracción de derechos de propiedad industrial y sobre los consorcios tecnológicos (*technology pools*), esto es, acuerdos por los que dos o más partes crean un paquete de tecnologías que se licencia, no sólo a quienes contribuyen al consorcio, sino también a terceros.

Al tratar los acuerdos transaccionales que ponen fin a los conflictos judiciales, las Directrices recuerdan que, en principio, la concertación de estos acuerdos es una forma legítima para solucionar una controversia de manera satisfactoria para todas las partes, evitando con ello seguir con un procedimiento costoso, lento e incierto en cuanto a su resultado. En este sentido, la Comisión Europea señala que la concesión de licencias, incluidas las recíprocas, en el marco de acuerdos de resolución de conflictos no

³⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala 4.ª), de 25 de febrero de 1986, asunto 193/83, *Windsurfing International Inc. v. Comisión de las Comunidades Europeas* (1986), p. 611, apartado 92: «Es preciso hacer constar que dicha cláusula no forma parte, evidentemente, del objeto específico de la patente; ésta no puede interpretarse como una protección contra las acciones que pretenden impugnar la validez de una patente, teniendo en cuenta que es de interés general eliminar cualquier obstáculo a la actividad económica que pudiera ser originado por la concesión errónea de una patente».

³⁶ Directrices RECATT 2014, apartado 136, citadas en la nota al pie núm. 6: «El art. 5, apartado 1, letra b), del RECATT también excluye de la salvaguardia regulatoria de la exención por categorías el derecho, en el contexto de las licencias no exclusivas, del licenciante de rescindir el acuerdo en caso de que el licenciatarario se oponga a la validez de los derechos de propiedad intelectual que el licenciante posea en la Unión. Dicho derecho de resolución puede tener el mismo efecto que una cláusula de no oposición, en particular cuando el apartarse de la tecnología del licenciante daría lugar a grandes pérdidas para el licenciatarario (por ejemplo, cuando el licenciatarario ya haya invertido en máquinas o herramientas específicas que no puedan utilizarse para producir con otra tecnología) o cuando la tecnología del licenciante sea necesaria para la producción del licenciatarario. Por ejemplo, en el contexto de patentes esenciales para la norma, el licenciatarario que elabore un producto que cumpla la norma tendrá que utilizar necesariamente todas las patentes incluidas en la norma. En tal caso, la impugnación de la validez de las patentes pertinentes puede dar lugar a una considerable pérdida si se rescinde el acuerdo de transferencia de tecnología. Cuando la tecnología no sea esencial para la norma, pero tenga una importante posición de mercado, el desincentivo para impugnar también podrá ser elevado considerando la dificultad para el licenciatarario de encontrar una tecnología alternativa viable para licenciar. La cuestión de si la pérdida o ganancia del licenciatarario sería significativa, y por tanto actuaría como un fuerte desincentivo para impugnar, debería evaluarse caso por caso».

es, en sí, restrictiva de la competencia³⁷. No obstante ello, la Comisión apunta que determinados acuerdos de resolución de conflictos pueden presentar problemas de competencia, como, por ejemplo, los acuerdos de tipo «restricción de pago» o «retraso en el pago», las licencias cruzadas y los acuerdos que incluyen cláusulas de no oposición a la validez del derecho de propiedad industrial en cuestión.

Por un lado, la Comisión considera que aquellos acuerdos que, a cambio de incluir una licencia para los derechos de la tecnología afectados por el litigio, conllevan de alguna forma un retraso u otra limitación para el licenciario de lanzar el producto en alguno de los mercados en cuestión pueden ser especialmente conflictivos, y conllevar una asignación o reparto de mercados, si las partes son competidores reales o potenciales y se ha producido una transferencia de valor significativa del licenciante al licenciario. Ahora bien, en nuestra opinión, que el titular del derecho llegue a un acuerdo con el tercero que pretenda lanzar al mercado un producto infractor para que se espere a lanzarlo a que caduquen los derechos de propiedad industrial no debería suponer ningún problema desde el punto de vista del Derecho de la competencia, incluso si a cambio de dicho compromiso el titular del derecho le abona un precio, pues este precio podría aportar seguridad jurídica, lo cual es en sí mismo un valor, y evitar el coste de litigar y los daños y perjuicios que el lanzamiento de un producto infractor en el mercado pueda conllevarle, los cuales pueden llegar a ser muy elevados y de casi imposible reparación. Éste suele ser el caso de los productos farmacéuticos en el que la entrada al mercado de un medicamento genérico suele conllevar la reducción automática e irreversible del precio del producto innovador, lo cual impide el resarcimiento de la totalidad de los daños y perjuicios causados incluso en aquellos casos en los que queda acreditada la infracción.

Asimismo, la Comisión Europea recela también de aquellos acuerdos por los que las partes se conceden licencias cruzadas e imponen restricciones en lo referente al uso de sus tecnologías, incluidas las restricciones de la libertad de conceder licencias a terceros. La Comisión entiende que cuando las partes gozan de un grado significativo de poder de mercado y el acuerdo impone restricciones que claramente van más allá de lo necesario para desbloquear la situación, el acuerdo probablemente entra dentro del ámbito de aplicación de la prohibición recogida en el art. 101, apartado 1, del TFUE, aunque sea probable que exista una posición de bloqueo mutuo. Según apunta la Comisión, la probabilidad de que el art. 101, apartado 1, del TFUE, sea de aplicación es especialmente alta cuando las partes comparten mercados o fijan cánones periódicos variables recíprocos que tienen un impacto significativo sobre los precios de mercado. Debemos ver cómo la Comisión analiza los acuerdos de licencia cruzada recogidos en los acuerdos de resolución de conflicto puesto que, a pesar de los recelos de la Comisión, los mismos pueden ser pro-competitivos desde el momento en el

³⁷ Véase el apartado 236 de las Directrices del RECAT 2014, citadas en la nota al pie núm. 6.

que permiten que ambas partes del conflicto puedan explotar la tecnología protegida por la contraparte. Recordemos que, por definición, un derecho de la propiedad industrial conlleva que su titular sea el único autorizado para explotar la tecnología protegida por la misma (el *ius prohibendi* del art. 28 del Acuerdo ADPIC), por lo que la concesión de licencias, por muy restrictivas que puedan ser, implican que otras empresas, al margen del titular del derecho de propiedad industrial, puedan también hacer uso de la tecnología protegida.

En cuanto a los acuerdos transaccionales que incorporan cláusulas de no oposición, la Comisión reconoce que «es inherente a estos acuerdos que las partes convengan no oponerse *ex post* a los derechos de propiedad industrial que han sido el centro de la diferencia»³⁸. No obstante, la Comisión considera que estas cláusulas pueden exceder de lo que constituye el objeto específico de un derecho de propiedad industrial, tal y como el TJUE ya apuntó en el antes citado asunto *Windsurfing*, y pueden ser restrictivas de la competencia.

En relación con los consorcios tecnológicos, la Comisión informa de que, a la hora de analizar un consorcio tecnológico desde el punto de vista de la competencia, tendrá en cuenta, entre otros factores: la transparencia del proceso de creación del consorcio; la selección y naturaleza de las tecnologías compartidas, incluida la participación de expertos independientes en la creación y funcionamiento del consorcio; y la existencia de salvaguardias contra el intercambio de información sensible y de mecanismos independientes de resolución de conflictos³⁹.

3. ALGUNOS EJEMPLOS PRÁCTICOS DEL CRITERIO SEGUIDO POR LA COMISIÓN AL APLICAR EL ART. 101 DEL TFUE: LOS ASUNTOS *LUNDBECK* Y *SERVIER*

A. INTRODUCCIÓN

Los asuntos *Servier* y *Lundbeck* se enmarcan en el ámbito farmacéutico y traen causa de la investigación sectorial que la Comisión Europea realizó en el año 2009⁴⁰. En ambos casos la Comisión Europea ha analizado los

³⁸ Véase el apartado 242 de las Directrices del RECAT 2014, citadas en la nota al pie núm. 6.

³⁹ Véase el apartado 248 de las Directrices del RECAT 2014, citadas en la nota al pie núm. 6: «El modo en que se forma, organiza y funciona un consorcio tecnológico puede reducir el riesgo de que tenga por objeto o efecto restringir la competencia, como también puede constituir una garantía del carácter procompetitivo del acuerdo. A la hora de evaluar los posibles riesgos y eficiencias desde el punto de vista de la competencia, la Comisión tendrá en cuenta, entre otras cosas, la transparencia del proceso de creación del consorcio; la selección y naturaleza de las tecnologías compartidas, incluida la participación de expertos independientes en la creación y funcionamiento del consorcio; y la existencia de salvaguardias contra el intercambio de información sensible y de mecanismos independientes de resolución de conflictos».

⁴⁰ Como consecuencia de la investigación sectorial llevada a cabo en el sector farmacéutico, la Comisión Europea también ha dictado la Decisión de 10 de diciembre de 2013 en el asunto *Johnson & Johnson y Novartis* (caso COMP/AT. 39685), por la que ha sancionado a Johnson & Johnson y a

acuerdos transaccionales alcanzados por las empresas implicadas en base al art. 101 TFUE, llegando a la conclusión de que los mismos infringían dicho precepto al ser acuerdos restrictivos, «por objeto», de la competencia desde el momento en el que, según la Comisión Europea, su finalidad última era impedir que un competidor saliera al mercado. Según la Comisión, las empresas farmacéuticas ya verían resarcidos los esfuerzos y la inversión que hacen a través de las patentes, por lo que en ningún caso se podría tolerar que, aparte de obtener dicho monopolio legal de veinte años, lleven a cabo actos para restringir aún más la competencia, como sería el caso de pagar a un competidor para que se abstenga de entrar en el mercado⁴¹.

Actualmente, la Comisión Europea tiene pendiente de resolver otro asunto similar que afecta a los laboratorios Cephalon y Teva, incoado el pasado 28 de abril de 2011⁴².

B. ASUNTO *LUNDBECK* (COMP/39226)

Mediante decisión de 19 de junio de 2013 la Comisión Europea multó⁴³ a Lundbeck y a cuatro empresas de genéricos⁴⁴ por entender que habrían acordado que éstos se abstendrían de lanzar al mercado su medicamento genérico de citalopram a cambio de percibir una remuneración y otros incentivos de Lundbeck por un valor total de diez millones de euros⁴⁵.

Los medicamentos antidepresivos consistentes en citalopram eran el producto estrella de Lundbeck. Tras la expiración de la patente de producto que protegía dicho principio activo, Lundbeck contaba con una serie de patentes de procedimiento que, lógicamente, conferían una protección más limitada en comparación con la patente de producto. Ello motivó que varios laboratorios de medicamentos genéricos llevaran a cabo preparativos para lanzar su medicamento genérico a base de citalopram al mercado, llegando uno de ellos a comercializarlo. Según la Comisión Europea, a fin de evitar la salida de estos medicamentos genéricos de citalopram y, con ello, evitar

Novartis con 16 millones de euros por haber celebrado acuerdos de co-promoción cuya finalidad, según la Comisión, era retrasar la entrada de genéricos de un medicamento de fentanil en Holanda. No obstante, en el presente artículo no nos referiremos a dicho asunto puesto que el mismo se celebró cuando la patente que protegía el principio activo fentanil había ya expirado, por lo que no afectaba a ningún derecho de propiedad industrial en vigor (véase el SPEECH/13/1053, de 10 de diciembre de 2013, emitido por el comisario de Competencia Sr. Joaquín Almunia, vicepresidente de la Comisión Europea).

⁴¹ Véase IP/11/1228 emitido por la Comisión Europea el 21 de octubre de 2011.

⁴² Véase IP/11/511 emitido por la Comisión Europea el 28 de abril de 2011.

⁴³ Lundbeck fue sancionada por un total de 93.766.000 euros y los laboratorios de medicamentos genéricos en un total de 52.239.000 euros.

⁴⁴ Los laboratorios de medicamentos genéricos implicados son: i) Merck KGaA/Generics (UK) Limited; ii) Arrow Group ApS, Arrow Generics Limited y Resolution Chemicals Limited; iii) Zoetis Products LLC, Xellia Pharmaceuticals ApS y A. L. Industrier AS, y iv) Ranbaxy Laboratories Limited y Ranbaxy (UK) Limited.

⁴⁵ Véanse las notas de prensa IP/13/563, de 19 de junio de 2013; IP/12/834, de 25 de julio de 2012, y MEMO 12/593, también de 25 de julio de 2012. En el momento de publicación del presente artículo, no se había publicado aún la versión no confidencial de dicha decisión de la Comisión Europea.

la importante reducción de precio que toda salida de un genérico conlleva, Lundbeck habría celebrado con los laboratorios de medicamentos genéricos una serie de acuerdos por los que les habría transferido importantes sumas de dinero a cambio de que no salieran al mercado, ya mediante pagos directos, ya de forma indirecta a través de la compra de *stocks* de genéricos de citalopram para su posterior destrucción o la garantía de unos beneficios mínimos en un acuerdo de distribución.

La Comisión Europea entiende que mediante estos acuerdos Lundbeck habría impedido la entrada al mercado de productos competidores, no por la vía de hacer valer de forma legítima sus derechos de patentes, sino a través del pago a sus competidores de una suma de dinero equivalente a los beneficios que dichos competidores habrían percibido de haber entrado al mercado, lo que constituiría una infracción grave del art. 101.1 del TFUE. A este respecto, la Comisión Europea entendió que «pagar a los competidores para que se abstengan de entrar al mercado a expensas de los ciudadanos europeos no tiene nada que ver con la protección legítima de los derechos de propiedad industrial: se trata de una práctica ilegal contra la cual la Comisión luchará»⁴⁶.

De dicha manifestación, parece desprenderse que la Comisión Europea parte de la presunción de que este tipo de acuerdos de pagos a cambio de no salir al mercado son restrictivos de la competencia por objeto⁴⁷, en todo caso. Con ello, la Comisión Europea estaría tomando una posición más estricta que la adoptada por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el asunto *FTC v. Actavis, Inc.*⁴⁸, en el que apuntó que la valoración de este tipo de acuerdos también debe someterse a la denominada «*rule of reason*», de modo que deberán valorarse las circunstancias concretas de cada caso a fin de verificar si dichos acuerdos son «razonables». Así, en dicha resolución el Tribunal Supremo apuntó que la posibilidad de que estos acuerdos presenten efectos anticompetitivos dependerá de su tamaño, su magnitud en relación con los costes que se incurrirían en un posible litigio, su independencia de otros servicios y la falta de cualquier otra justificación razonable⁴⁹. Ade-

⁴⁶ Discurso del comisario y vicepresidente de la Comisión Europea Sr. Joaquín Almunia en la rueda de prensa celebrada en Bruselas el 19 de junio de 2013, «*Commission fines Lundbeck and other pharma companies for delaying market entry of generic medicines: statement by Vice-President Almunia*», SPEECH/13/553: «*Paying competitors to stay out of the market at the expense of European citizens has nothing to do with the legitimate protection of intellectual property: it is an illegal practice and the Commission will fight against it. We have other investigations ongoing and more decisions in this field are likely before the end of my mandate*».

⁴⁷ La calificación de dichos acuerdos como restrictivos de la competencia «por objeto» ha sido criticada por D. GERADIN, *The Interplay between Competition Law and IP Law*, IBIL/CLES Conference on Competition Law and Intellectual Property Rights, 14 de enero de 2013.

⁴⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de 17 de junio de 2013, asunto *FTC v. Actavis*, 133 S. Ct. 2223 (2013).

⁴⁹ Véase el apartado 21 de la Sentencia *FTC v. Actavis*, citada en la nota al pie núm. 48. Entre los comentarios a la Sentencia *FTC v. Actavis* del Tribunal Supremo de los Estados Unidos destacamos C. HATTON y S. WEISSMAN, «Antitrust Update. European Commission Fines Lundbeck and Generic Companies EUR 146 Million, Accusing Them of Delaying Market Entry of Generic Medicines», 24 de junio de 2013, Baker Botts, http://www.bakerbotts.com/file_upload/httpwww.bakerbotts.com-file_uploadUpdate201306Lit-EuropeanCommissionFinesLundbeckAndGene.htm.

más, a la hora de acordar la decisión en dicho asunto, la Comisión Europea parece haber dado importancia al hecho de que la patente de producto, que protegía la molécula en sí, ya había expirado⁵⁰, ignorando el hecho de que Lundbeck ostentaba la titularidad de otras patentes que protegían procedimientos de obtención de dicho principio activo y que podían resultar igualmente infringidas por los medicamentos genéricos.

Es preciso apuntar que Lundbeck ha recurrido dicha resolución ante el Tribunal de Justicia (asunto T-472/13)⁵¹, encontrándose dicho recurso actualmente pendiente de resolución⁵². Entre otros motivos, Lundbeck sostiene que la Comisión Europea no habría tomado en consideración de forma correcta el alcance de las patentes que protegen el citalopram y el objeto de los acuerdos transaccionales alcanzados en relación con dichas patentes.

C. ASUNTO *SERVIER* (COMP/39612)

La decisión adoptada en el asunto *Servier* el pasado 9 de julio de 2014 es la última decisión dictada por la Comisión Europea en relación con acuerdos dirigidos a retrasar la entrada de genéricos a cambio de una remuneración, esta vez en relación con medicamentos comprendiendo el principio activo perindopril, para el tratamiento de la hipertensión. La Comisión ha impuesto a Servier una multa de 331 millones de euros, y a los fabricantes de medicamentos genéricos competidores de 96,7 millones de euros.

Hasta el año 2003 Servier tuvo protegido dicho principio activo mediante una patente de producto y, tras su expiración, dicho laboratorio farmacéutico ha ido contando con patentes secundarias que protegen procedimientos de fabricación o formulación de dicho principio activo. Según informa la Comisión en los comunicados de prensa que ha emitido a este respecto⁵³, Servier contaría con una posición de dominio en el mercado para el principio activo perindopril, por entender que no había otros medicamentos para el tratamiento de la hipertensión que fueran sustitutivos. Como es de ver, la Comisión ha optado por una definición muy estrecha del mercado relevante, limitándolo a la molécula perindopril, excluyendo otros

⁵⁰ SPEECH/13/553, citado en la nota al pie núm. 46: «*The pharmaceutical sector is, literally, essential to our lives. Innovation can bring new or more effective cures and needs to be protected. But once the patent over the molecule has lapsed, price competition between the pharmaceutical companies that invented the original medicines and the generic makers plays a crucial role.*».

⁵¹ Recurso interpuesto ante el TJUE el 30 de agosto de 2013. *H. Lundbeck A/S y Lundbeck Ltd. v. Comisión Europea* (asunto T-472/13).

⁵² En manifestaciones de la Sra. Mette Carlstedt, Senior Vice President, Corporate Legal en Lundbeck, recogidas en el comunicado de prensa emitido por dicha sociedad el 2 de septiembre de 2013: «*We remain appalled over the decision, which errs in a number of highly important aspects. Through our appeal we aim to have a thorough legal assessment of the case that sets legal precedent which is of the highest importance to us and all other innovative companies.*».

⁵³ En el momento de publicación del presente artículo, no se ha publicado aún la versión no confidencial de dicha decisión de la Comisión Europea, por lo que en relación a dicho asunto únicamente contamos con la información publicada por la Comisión Europea en las notas de prensa IP/14/799, de 9 de julio de 2014, e IP/12/835, de 30 de julio de 2012.

principios activos que también pudieran administrarse para el tratamiento de la hipertensión.

Al no contar con la versión no confidencial de dicha decisión, desconocemos el análisis que la Comisión Europea ha realizado en relación con el mercado relevante para justificar esta definición tan estrecha, limitada a la molécula perindopril, máxime cuando, según manifestaciones de Servier, los tratamientos para la hipertensión incluirían, cuanto menos, una docena de productos competidores que pertenecen a la misma clase terapéutica que el perindopril (Inhibidores de la Enzima de Conversión de la Angiotensina, ACE en sus siglas en inglés)⁵⁴. No obstante, es de prever que la Comisión haya seguido la pauta establecida en su decisión anterior en el asunto *Astra-Zeneca*, a la que nos referiremos seguidamente al tratarse de una resolución muy controvertida y polémica, o que incluso haya adoptado una posición aún más estricta al definir el mercado, según parece, por la molécula concreta. Servier ha anunciado ya la interposición de un recurso⁵⁵, por lo que el TJUE tendrá la oportunidad de valorar nuevamente la definición del mercado relevante en el sector farmacéutico.

Pues bien, según la Comisión Europea, Servier habría abusado de su posición de dominio (en contravención del art. 102 TFUE) y alcanzado acuerdos contrarios a la competencia (prohibidos por el art. 101 TFUE) al implementar una estrategia para excluir a los competidores y retrasar la entrada de los medicamentos genéricos. Dicha estrategia habría consistido en las siguientes prácticas: i) la compra de tecnologías competidoras que algunos laboratorios genéricos tenían previsto utilizar para evitar infringir los derechos de patente de Servier, si bien, según manifestaciones de Servier, la Comisión no habría podido acreditar que de ello se hubieran derivado efectos negativos sobre la competencia —de ser ello así, la Comisión habría entendido que dichos acuerdos son restrictivos de la competencia «por objeto»—, y ii) alcanzar acuerdos transaccionales para poner fin a los procedimientos de nulidad que se hubieran instado contra sus patentes, a cambio de un reparto de los beneficios obtenidos por Servier con el principio activo perindopril, aunque, según también apunta Servier, en ningún caso dichos acuerdos retrasaron la entrada de los medicamentos genéricos al mercado, los cuales fueron lanzados tan pronto como la patente que protegía el perindopril expiró.

Dicha decisión ha sido criticada por la European Federation of Pharmaceutical Industries and Assotiation (EFPIA), la cual ha mostrado su preocupación por la tendencia de la Comisión a definir el mercado relevante de forma cada vez más estrecha y por considerar que los acuerdos transaccionales que ponen fin a los procedimientos judiciales restringen la competencia «por objeto», sin atender a los hechos concretos de cada

⁵⁴ Nota de prensa de Servier emitida el 9 de julio de 2014: «*The European Commission limits the legitimate exercise of intellectual property rights and thus weakens the competitiveness of European industry*», consultable en <http://www.servier.com/content/european-commission-limits-legitimate-exercise-intellectual-property-rights-and-thus-weakens>.

⁵⁵ Véase nota de prensa citada en la nota anterior.

caso y a los efectos que dichos acuerdos puedan tener realmente en el mercado⁵⁶.

4. ALGUNOS EJEMPLOS PRÁCTICOS DEL CRITERIO SEGUIDO POR LA COMISIÓN AL APLICAR EL ART. 102 DEL TFUE: LOS ASUNTOS *ASTRAZENECA*, *MOTOROLA* Y *SAMSUNG*

- A. ¿EN QUÉ CIRCUNSTANCIAS LA MERA OBTENCIÓN DE UN DERECHO DE PROPIEDAD INDUSTRIAL PUEDE CONSIDERARSE ABUSIVA? COMENTARIO SOBRE EL ASUNTO *ASTRAZENECA* Y, EN PARTICULAR, SOBRE LA DEFINICIÓN DEL MERCADO RELEVANTE ADOPTADA EN DICHO ASUNTO

Si bien tradicionalmente la jurisprudencia del TJUE y del Tribunal General ha trazado una distinción entre la existencia de un derecho de propiedad intelectual y su ejercicio (nos referimos al asunto *Centrafarm*, antes citado), en el asunto *AstraZeneca* se ha ido un paso más allá y se ha entendido que la propia obtención de un derecho de propiedad industrial puede ser abusiva.

Aunque, como ha apuntado el Tribunal de Justicia, los derechos de propiedad industrial concedidos por las autoridades administrativas competentes se presumen válidos y su posesión por parte de su titular legítima⁵⁷, ello no obsta a que la propia obtención del derecho de propiedad industrial pueda suponer un abuso de posición de dominio si la empresa que ostenta dicha posición dominante en el mercado obtiene un derecho de propiedad industrial al que no tendría derecho o al que tendría derecho por un tiempo más reducido tras realizar ante las oficinas de patentes «declaraciones objetivamente engañosas». Así lo ha entendido la Comisión Europea en el asunto *AstraZeneca*, en el que la Comisión Europea inició contra dicho laboratorio farmacéutico una investigación para valorar su actuación en relación con el medicamento Losec®, cuyo principio activo es el omeprazol, por entender que dicho laboratorio farmacéutico habría obtenido un Certificado Complementario de Protección de las oficinas de patentes de varios Estados miembros para proteger de forma irregular, incurriendo en un abuso de su posición de dominio. Dicha decisión ha sido confirmada por el Tribunal General (asunto T-321/05) y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (asunto C-457/10)⁵⁸.

El principal debate que ha planteado dicho asunto gira en torno a la definición del mercado relevante. Es claro que para poder apreciar un abuso

⁵⁶ Comunicado de prensa de la EFPIA de 9 de julio de 2014: «*EFPIA Reaction to European Commission Decision of 9 July 2014 condemning Servier patent settlement agreements and commercial conduct as abusive*», consultable en http://www.efpia.eu/uploads/Modules/Documents/efpia-reaction-9_7_14-to-ec-servier-patent.pdf.

⁵⁷ Véase la Sentencia del Tribunal General (Sala 6.ª ampliada) de 1 de julio de 2010, *AstraZeneca AB y AstraZeneca plc v. Comisión Europea*, asunto T-321/05 (2010) II-02805, párrafo 362.

⁵⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala 1.ª) de 6 de diciembre de 2012, *AstraZeneca AB y AstraZeneca plc v. Comisión Europea*, asunto C457/10 P.

de posición de dominio, en primer lugar, la Comisión debe definir el mercado relevante, tanto del producto como geográfico, que define los límites en los que se desarrolla la competencia entre las empresas, identificando los competidores actuales y potenciales⁵⁹, a fin de verificar si la empresa analizada ostenta en dicho mercado una posición de dominio. Es evidente que según lo amplio o estrecho que se defina el mercado relevante, la cuota de mercado de los distintos operadores así como su posibilidad de actuar de forma independiente en el mercado, sin tener en cuenta a sus competidores, compradores o proveedores, variarán⁶⁰.

En el sector farmacéutico, para definir el mercado de producto, la Comisión suele tomar como base la clasificación anatómica terapéutica (ATC) diseñada por la European Pharmaceutical Marketing Research Association («EPHRA») y seguida por la Intercontinental Medical Statistics (IMS) y la Organización Mundial de la Salud (OMS). Los medicamentos se clasifican en grupos con cinco niveles diferentes, según las enfermedades a tratar y los órganos a los que afectan. Se dividen en 14 grupos principales (primer nivel), con subgrupos farmacológicos/terapéuticos (segundo nivel). El tercer y cuarto nivel son subgrupos químicos/farmacológicos/terapéuticos y el quinto nivel englobaría la sustancia química en concreto (el mercado de la molécula). En definitiva, la clasificación se mueve de un nivel más general (primer nivel) a un nivel más particular (quinto nivel).

En general, la Comisión venía tomando como punto de partida el tercer nivel, que engloba los medicamentos por uso terapéutico. Así, conforme a este criterio el mercado relevante estará formado por los productos que puedan ser utilizados para el tratamiento de una misma enfermedad. Sin embargo, la Comisión puede llevar el análisis a otras categorías ATC si las circunstancias del caso muestran que las presiones competitivas relevantes de las empresas se ejercen en otro nivel⁶¹, lo que le permite definir el mercado de producto de forma más amplia o más restrictiva. Por ejemplo, si los productos no pueden considerarse sustituibles desde la perspectiva de la demanda, el mercado relevante de producto no incluirá todos los productos incluidos en el tercer nivel de la ATC sino sólo aquellos que sean sustituibles, lo que llevaría al cuarto nivel.

Pues bien, en el asunto *AstraZeneca* la Comisión Europea definió el mercado relevante, no atendiendo al uso terapéutico⁶² (tercer nivel, «A2B», que comprendería los «medicamentos para el tratamiento de la úlcera pép-

⁵⁹ Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia, DO núm. C 372, de 9 de diciembre de 1997, pp. 0005-0013.

⁶⁰ En el asunto 27/76 *United Brands Co y United Brands Continental BV v. Comisión* (1978) ECR 207, el Tribunal de Justicia definió la posición de dominio de la siguiente forma: «*Relates to a position of economic strength enjoyed by an undertaking which enables it to prevent effective competition being maintained on the relevant market by affording it the power to behave to an appreciable extent independently of its competitors, customers and ultimately of its consumers*».

⁶¹ Véase el párrafo 371 de la Decisión de la Comisión Europea de 15 de junio de 2005, asunto *AstraZeneca*, COMP/A. 37.507/F3.

⁶² Véase el párrafo 372 de la Decisión *AstraZeneca*, citada en la nota al pie núm. 61.

tica», entre los que se encontrarían los bloqueadores H2⁶³ y los BPIs⁶⁴), sino atendiendo a su modo de acción (cuarto nivel), por entender que el modo de acción de los BPI (entre los que se encuentra el omeprazol) era una característica clave del producto⁶⁵. Para ello, la Comisión Europea se basó en: i) las características del producto y, en particular, en los usos terapéuticos y el modo de acción como evidencia de las presiones competitivas, y ii) la sustituibilidad de precios en un periodo de tiempo relevante.

Una vez definido el mercado relevante, la Comisión procede a analizar una serie de factores conjuntamente para determinar si AstraZeneca ostentaba una posición de dominio en el mismo, y ello por cuanto, de acuerdo con la jurisprudencia, la cuota de mercado es un parámetro importante para apreciar dominancia, pero no puede ser el único criterio en consideración. Tampoco el mero hecho de que se ostenten derechos de propiedad industrial que protejan los productos incluidos en dicho mercado implica, *per se*, que se ostente de una posición de dominio en el mismo⁶⁶. Pues bien, en el presente caso, para concluir que AstraZeneca ostentaba posición de dominio en el mercado así definido, la Comisión tuvo en cuenta factores como el precio de los productos BPI, las elevadas barreras de entrada del sector farmacéutico, la buena situación financiera de AstraZeneca y su posición ventajosa en el mercado. No obstante ello, es claro que las conclusiones alcanzadas a este respecto vienen en gran parte predeterminadas por la definición del mercado realizada, de forma que una definición estrecha de éste aumenta directamente las probabilidades de que se entienda que la empresa analizada ostente una posición de dominio en el mismo.

Como es de ver, y como ya hemos denunciado anteriormente, la Comisión muestra una clara tendencia hacia interpretar restrictivamente el mercado de referencia, excluyendo del mismo todos aquellos otros productos competidores que ofrecen tratamientos terapéuticos para la misma enfermedad. Y esta tendencia también se pone de manifiesto en el asunto *Servier* antes comentado, en el que la Comisión parece haber optado incluso por una definición del mercado aún más estrecha (el equivalente al quinto nivel ATC, centrado en la molécula), al tomar como referencia la molécula del perindopril.

A nivel nacional, esta posición de la Comisión Europea está siendo igualmente seguida por las autoridades nacionales de competencia. Así, por ejemplo, en el asunto S/0441/12 relativo al producto Xalatlán® de Pfizer⁶⁷, la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y

⁶³ Los bloqueadores H2 reducen la cantidad de ácido gástrico secretado por glándulas en el revestimiento del estómago.

⁶⁴ Las siglas BPI corresponden a «Inhibidores de la Bomba de Protones», indicado también para tratar la acidez gástrica y el reflujo gástrico.

⁶⁵ Véase el párrafo 378 de la Decisión *AstraZeneca*, citada en la nota al pie núm. 61.

⁶⁶ Sentencia *Magill*, citada en la nota al pie núm. 12, apartado 46: «En cuanto a la posición dominante, es necesario recordar en primer lugar que el mero hecho de ser titular de un derecho de propiedad intelectual no puede atribuir semejante posición».

⁶⁷ Resolución de la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 13 de febrero de 2014, expediente sancionador S/0441/12 Pfizer Health Ab y Pfizer, S. L. U.

la Competencia (CNMC) también definió el mercado relevante atendiendo al nivel ATC4, que se correspondería con la categoría comercial S01EE (análogos de la prostaglandina), en lugar de atender al nivel superior ATC3 como proponía Pfizer (categoría comercial S1E, que englobaba todos los tratamientos del glaucoma). No obstante ello, en ese asunto la CNMC entendió que, si bien Pfizer ostentaba posición de dominio en el mercado así definido, en ningún caso su conducta podía considerarse abusiva, por lo que, acogiendo a la propuesta de la hoy extinta Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia, declaró no haber lugar a incoar ningún expediente sancionador contra Pfizer y acordó el archivo de las actuaciones.

Pues bien, definido el mercado y verificada la posición de dominio de AstraZeneca en el mismo, la Comisión Europea valoró si la conducta de dicho laboratorio farmacéutico había sido abusiva, llegando a la conclusión de que dicho laboratorio farmacéutico habría abusado de su posición de dominio a través de dos de sus conductas.

La primera conducta calificada de abusiva consistía en facilitar a las autoridades de patentes de los Países Bajos, Alemania, Bélgica, Noruega y Reino Unido, en el seno de tramitación de un Certificado Complementario de Protección sobre una de sus patentes que protegía el Losec®, información supuestamente incorrecta sobre cuál era la fecha de la primera autorización de comercialización en la Comunidad. Según la Comisión, AstraZeneca habría facilitado a las autoridades de patentes, en lugar de la fecha de la primera autorización en la Comunidad a la que se refiere el Reglamento (CE) núm. 469/2009, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de mayo, relativo al certificado complementario de protección para los medicamentos⁶⁸, la fecha de la primera decisión sobre precio, por entender que ésta era la fecha en que la autorización de comercialización fue realmente efectiva.

El TJUE consideró que una empresa con posición de dominio tiene la responsabilidad de asegurarse de que la información que facilita a las autoridades competentes para obtener un derecho de propiedad industrial (en ese caso, unos Certificados Complementarios de Protección) es correcta, no siendo admisible que facilite información incorrecta con la finalidad de asegurarse la concesión de dicho derecho (ya que, con la información correcta, éste no le correspondería o bien le correspondería con una menor duración).

La segunda conducta calificada de abusiva consistía en el lanzamiento de unos nuevos comprimidos de Losec® al mismo tiempo que AstraZeneca canceló sus autorizaciones de comercialización para las cápsulas de Losec®, bloqueando con ello la entrada de los genéricos y poniéndoles mayores barreras de entrada.

⁶⁸ Dicho Reglamento codifica el anterior Reglamento (CEE) núm. 1768/92, del Consejo, de 18 de junio, relativo a la creación de un certificado complementario de protección para los medicamentos y sus posteriores modificaciones.

Basta revisar los hechos de los que trae causa el asunto *AstraZeneca* para verificar que se trata de un asunto excepcional. De hecho, la especificidad y particularismos del supuesto de hecho del que trae causa el asunto *AstraZeneca* ha sido expresamente resaltada por el abogado general Sr. Ján Mazák en su Opinión con ocasión del recurso ante el TJUE en el asunto *AstraZeneca*⁶⁹ y confirmada por el Tribunal de Justicia⁷⁰. En nuestra opinión, ello hace que el asunto *AstraZeneca* deba examinarse como precedente con suma cautela.

B. ¿EN QUÉ CIRCUNSTANCIAS EL EJERCICIO DE ACCIONES EN DEFENSA DE UN DERECHO DE PROPIEDAD INDUSTRIAL PODRÍA SER ABUSIVO? COMENTARIO SOBRE LOS ASUNTOS *MOTOROLA* Y *SAMSUNG*, EN LOS QUE LA COMISIÓN EXPRESÓ REPAROS FRENTE A LA SOLICITUD DE MEDIDAS CAUTELARES POR PARTE DEL TITULAR DE UNA PATENTE ESENCIAL CONTRA TERCEROS INFRACTORES DISPUESTOS A ACEPTAR UNA LICENCIA EN TÉRMINOS FRAND

a) *Introducción*

En materia de patentes, la jurisprudencia del TJUE define el «objeto específico» del derecho de propiedad industrial «en garantizar al titular, para recompensar el esfuerzo creativo del inventor, el derecho exclusivo a emplear una invención con vistas a la fabricación y a la primera comercialización de productos industriales, ya sea directamente o por medio de la concesión de licencias a terceros, así como el derecho a oponerse a toda

⁶⁹ Conclusiones del abogado general Sr. Ján Mazák, presentadas el 15 de mayo de 2012, asunto C 457/10 P, *AstraZeneca AB y AstraZeneca plc v. Comisión Europea*: «48. A este respecto, debe señalarse que el Tribunal General afirmó que las declaraciones realizadas por AZ ante las oficinas de patentes a los efectos de solicitar los CCP estaban “caracterizad[as] por una manifiesta falta de transparencia” (27) y eran “marcadamente engaños[as]”. (28) De acuerdo con las apreciaciones de los hechos realizadas por dicho Tribunal, las solicitudes de CCP se presentaron de tal manera que llevaron a las oficinas de patentes de que se trataba a considerar que las fechas presentadas en relación con Francia y Luxemburgo correspondían a la concesión de la autorización técnica de comercialización, en lugar de a la fecha de publicación del precio del medicamento (29) 49. Por consiguiente, considero que el Tribunal General declaró que las declaraciones engañosas en cuestión no se basaron meramente en la falta de comunicación por parte de AZ, en las solicitudes de CCP, de su interpretación del art. 19 del Reglamento núm. 1768/92, sino más bien en las declaraciones manifiestamente engañosas realizadas por AZ en el procedimiento de solicitud».

⁷⁰ En el apartado 99 de la Sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto *AstraZeneca*, citada en la nota al pie núm. 58, el Tribunal apuntó lo siguiente: «[...] el Tribunal General no declaró en modo alguno que las empresas en posición dominante debieran ser infalibles en sus relaciones con las autoridades administrativas y que cada declaración objetivamente inexacta realizada por tal empresa constituyera un abuso de dicha posición, incluso aunque el error se cometiera de manera involuntaria y se rectificara de manera inmediata. Basta con señalar a este respecto que, por un lado, este supuesto se separa radicalmente del comportamiento llevado a cabo por AZ en el caso de autos, y que, por otro lado, el Tribunal General puso de manifiesto, en los apartados 357 y 361 de la sentencia recurrida, que la apreciación del carácter engañoso de las declaraciones realizadas ante las autoridades públicas para obtener indebidamente derechos exclusivos ha de hacerse caso por caso y puede variar según las circunstancias particulares de cada asunto. Por tanto, no se puede deducir de esa sentencia que cualquier solicitud de patente realizada por tal empresa, que se desestima por no responder a los criterios de patentabilidad, genere automáticamente una responsabilidad en el sentido del art. 82 CE».

violación de tales derechos»⁷¹. No hay duda, pues, de que el titular de un derecho de propiedad industrial ha de poder iniciar las acciones legalmente previstas en el ordenamiento jurídico para protegerse frente a las infracciones de terceros, y que ello forma parte del «objeto específico» del derecho de propiedad en sí, reconocido por el TFUE y la jurisprudencia de la Unión.

En efecto, la jurisprudencia del TJUE ha consagrado el principio general de que todas las empresas, incluso aquellas que son dominantes, son libres de obtener, y consiguientemente de ejercer frente a los infractores, sus derechos de propiedad industrial —pues ésta es precisamente la esencia y la razón de ser de dicha propiedad—. Lo contrario supondría vaciar de contenido los derechos de patente concedidos a las empresas dominantes.

El primer asunto en el que el antes denominado TJCE trató esta cuestión fue en el asunto *Maxicar*⁷², en el que el TJCE señaló que no era abusivo que el fabricante de coches Renault hubiese registrado diseños industriales que protegían determinadas partes de la carrocería, y que los ejercitase frente a terceros. Este criterio fue confirmado en la Sentencia del caso *Volvo AB c. Erik Veng (UK) Ltd.*⁷³, también en relación con los paneles de vehículos, y en el asunto *Hilti*⁷⁴.

No obstante ello, posiblemente el precedente jurisprudencial más relevante sea el asunto *ITT Promedia c. Comisión Europea*⁷⁵, en el que el Tribunal General confirmó el criterio de la Comisión Europea y señaló que el ejercicio de acciones judiciales no puede constituir *per se* un abuso de la posición de dominio del titular del derecho de propiedad industrial sobre

⁷¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de diciembre de 1996, *Merck & Co. Inc., Merck Sharp & Dohme Ltd y Merck Sharp & Dohme International Services BV v. Primecrown Ltd, Ketan Himatlat Mehta, Bharat Himatlat Mehta y Necessity Supplies Ltd y Beecham Group plc v. Europharm of Worthing Ltd.*, asuntos acumulados C-267/95 y C-268/95 (1996) I-06285: «30. En dicha sentencia, el Tribunal de Justicia se remitió a la Sentencia de 31 de octubre de 1974, *Sterling Drug* (15/74, Rec. p. 1147), en la que había afirmado, en los apartados 8 y 9, que el art. 36 del Tratado establece una excepción, por razones de protección de la propiedad industrial y comercial, a uno de los principios fundamentales del mercado común, pero que sólo admite dicha excepción en la medida en que esté justificada por la protección de los derechos que constituyen el objeto específico de dicha propiedad, que, en materia de patentes, consiste, particularmente, en garantizar al titular, para recompensar el esfuerzo creativo del inventor, el derecho exclusivo a emplear una invención con vistas a la fabricación y a la primera comercialización de productos industriales, ya sea directamente o por medio de la concesión de licencias a terceros, así como el derecho a oponerse a toda violación de tales derechos».

⁷² Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de octubre de 1988, *Consorzio Italiano della Componentistica di Ricambio per Autoveicoli (CICRA) y Maxicar v. Regie Nationale des Usines Renault*, asunto 53/87 (1988), p. 06039, apartado 18: «El simple hecho de haber obtenido patentes de modelos ornamentales relativos a elementos de carrocería de vehículos automóviles no constituye un abuso de posición dominante, en el sentido del art. 86 del Tratado».

⁷³ Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de octubre de 1988, *AB Volvo v. Erik Veng (UK) Ltd.*, asunto 238/87 (1988), p. 06211.

⁷⁴ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 12 de diciembre de 1991, asunto T-30/89 *Hilti AG v. Comisión de las Comunidades Europeas* (1991), II-01439, en el que el Tribunal recordó que «cualquier fabricante independiente tiene plena libertad, desde el punto de vista del Derecho comunitario de la competencia, para fabricar productos consumibles que puedan utilizarse en aparatos fabricados por otros, a menos que vulnere un derecho de patente u otros derechos de propiedad industrial o intelectual».

⁷⁵ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 17 de julio de 1998, asunto T-111/96, *ITT Promedia v. Comisión Europea* (1998), II-02937.

el cual dichas acciones se ejercitan, salvo que las mismas sean «manifiestamente infundadas» (como sería el caso en el que su única finalidad fuera la de hostigar a la parte contraria) y estén concebidas en el marco de un plan cuyo fin sea suprimir la competencia⁷⁶. En el informe de conclusiones tras la investigación del sector farmacéutico, la Comisión Europea pareció acoger dicho criterio al afirmar que «solicitar el amparo de los tribunales para las patentes es legítimo y un derecho fundamental garantizado por el Convenio Europeo de Derechos Humanos: constituye un medio efectivo de garantizar que se respeten las patentes»⁷⁷.

Ahora bien, no obstante ello, en las decisiones *Motorola* y *Samsung* la Comisión Europea ha entendido que en determinadas circunstancias el ejercicio de acciones judiciales (en particular, la solicitud de medidas cautelares de cesación) para defender los derechos de propiedad industrial pueden considerarse abusivas, aunque las mismas fueran dirigidas contra un infractor y en defensa de los derechos de propiedad industrial. Pasamos seguidamente a analizar estos dos asuntos a fin de verificar las particularidades de los mismos que hacen que las conclusiones alcanzadas por la Comisión Europea sólo puedan ser aplicadas, en su caso, en aquellos sectores en los que los derechos de propiedad afectados sean declarados «esenciales» para la aplicación de un estándar.

Con carácter previo a analizar estos asuntos, y a fin de enmarcarlos adecuadamente, queremos hacer unas consideraciones generales sobre los acuerdos de estandarización y a las patentes esenciales para aquellas tecnologías que se hubieran estandarizado.

Los acuerdos de estandarización, tal y como la Comisión Europea los define en sus Directrices sobre los acuerdos de cooperación horizontal, son aquellos acuerdos que tienen, como objetivo principal, «definir los requi-

⁷⁶ Párrafo 30 del asunto *ITT Promedia* citado en la nota al pie núm. 75: «En principio, [...] “el hecho de ejercitar una acción judicial, expresión del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional, no puede calificarse de abuso”, a menos que “una empresa que tiene una posición dominante ejercite acciones judiciales: i) de las que no pueda considerarse razonablemente que tengan por objeto hacer valer sus derechos y que, por tanto, sólo puedan servir para hostigar a la parte contraria, y ii) que estén concebidas en el marco de un plan cuyo fin sea suprimir la competencia”». Y párrafos 60 y 61: «60. [...] En primer lugar, debe subrayarse, como lo ha hecho con acierto la Comisión, que la posibilidad de hacer valer los derechos propios en vía judicial y el control jurisdiccional que ello implica es la expresión de un principio general del Derecho que es básico en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y que fue igualmente consagrado por el art. 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950 (véase la Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de mayo de 1986, *Johnston*, 222/84, Rec. p. 1651, apdos. 17 y 18). Dado que la tutela judicial es un derecho fundamental y un principio general que garantiza el respeto del Derecho, únicamente en circunstancias excepcionales el ejercicio de una acción judicial podrá constituir un abuso de posición dominante en el sentido del art. 86 del Tratado. 61. A continuación debe señalarse que, al constituir una excepción al principio general de tutela judicial que garantiza el respeto del Derecho, los dos criterios acumulativos deben interpretarse y aplicarse restrictivamente, de modo que no se frustre la aplicación del principio general». El test recogido por el Tribunal de Justicia es similar al denominado «PREI test» acogido por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en la Sentencia *Professional Real Estate Investors v. Columbia Pictures Industry* (PREI), 508, U.S. 49 (1993).

⁷⁷ Apartado 3.2.2, pp. 12 y 13, de la Comunicación de la Comisión Europea con el Resumen analítico del Informe de investigación sectorial sobre el sector farmacéutico, de 8 de julio de 2009.

sitos técnicos o cualitativos que deben satisfacer los productos o procedimientos y métodos de producción actuales y futuros»⁷⁸. La estandarización puede afectar tanto a la calidad de un producto, a su tamaño y a sus especificaciones técnicas, así como a las condiciones de acceso a un determinado distintivo de calidad o la autorización por parte de un organismo regulador. Una vez se estandariza una tecnología concreta, lógicamente todos los operadores interesados en aplicarla e incorporarla han de poder tener acceso a la misma⁷⁹, incluso si está protegida por un derecho de propiedad industrial, para lo cual será preciso la concesión de licencias en términos justos, razonables y no discriminatorios, conocidos como términos FRAND (su acrónimo en lengua inglesa)⁸⁰.

No hay duda de que en el sector de las telecomunicaciones, y en el de la telefonía móvil en el que se centran los asuntos *Motorola* y *Samsung* en particular, la estandarización es una herramienta fundamental para garantizar la compatibilidad y la interoperabilidad con otros productos y sistemas. Para que un sistema de conexión inalámbrica funcione, todos los componentes del sistema (estaciones base, controladores de redes y terminales de los consumidores) deben interactuar sin dificultad, con independencia del fabricante y de la función de la red de conexión. Ello hace necesario elegir una tecnología concreta⁸¹ y estandarizarla, para que todos los operadores la implementen en sus dispositivos. Ahora bien, ello conlleva garantizar que todos estos operadores puedan tener acceso a la misma por medio de una licencia, si se encuentra protegida por derechos de propiedad industrial.

A estos efectos, los operadores deberán declarar ante el organismo independiente correspondiente encargado de fijar los «estándares» para el sector tecnológico de que se trate (en el caso del sector de la telefonía móvil que

⁷⁸ Párrafo 257 de las Directrices horizontales citadas en la nota al pie núm. 6.

⁷⁹ Directrices horizontales, citadas en la nota al pie núm. 6: «285. Para garantizar un acceso efectivo al estándar, será necesario, en particular, que la política en materia de DPI exija que los miembros participantes que quieran que su DPI se incluya en el estándar, se comprometan por escrito de forma irrevocable a ofrecer licencias de su DPI esencial a todos los terceros en condiciones justas, razonables y no discriminatorias (“compromiso FRAND”) (114). Este compromiso deberá darse antes de la adopción del estándar. Asimismo, la política en materia de DPI deberá permitir que los titulares de DPI excluyan una tecnología específica del proceso de determinación de estándares y por ende del compromiso de ofrecer una licencia, siempre que esta exclusión se efectúe en una fase inicial del desarrollo del estándar. Para asegurar la eficacia del compromiso FRAND, también se deberá exigir a todos los titulares de DPI que asuman dicho compromiso que garanticen que cualquier empresa a la que el titular del DPI transfiera este último (incluido el derecho a conceder licencias de ese DPI), esté vinculada por el citado compromiso, por ejemplo, mediante una cláusula contractual entre el comprador y el vendedor».

⁸⁰ Directrices horizontales, citadas en la nota al pie núm. 6: «287. Los compromisos FRAND pretenden garantizar que la tecnología esencial protegida por un DPI incluida en un estándar sea accesible a los usuarios de dicho estándar en condiciones justas, razonables y no discriminatorias. En especial, los compromisos FRAND pueden impedir que los titulares de DPI dificulten la aplicación de un estándar denegando una licencia o exigiendo unos cánones injustos o injustificados (es decir, excesivos) cuando el sector esté cautivo del estándar, y/o cobrando unos derechos discriminatorios».

⁸¹ Ejemplos de tecnologías estandarizadas son las tecnologías *Global System for Mobile communications* («GSM»), *GSM Packet Radio Service* («GPRS») y *Wide-band Code-Division Multiple Access* («W-CDMA»).

nos ocupa es el European Telecommunications Standards Institute, ETSI⁸²) qué patentes de su titularidad son «esenciales» para aplicar dicho estándar («patente SEP», según las siglas en inglés de *Standard Essential Patents*)⁸³, entendiéndose que una patente es «esencial» para un estándar cuando no es posible, «por motivos técnicos (pero no comerciales), teniendo en cuenta las prácticas técnicas normales y los avances técnicos disponibles en general en el momento de la estandarización»⁸⁴, implementar el estándar sin infringir dicha patente. Y mediante esa declaración de esencialidad, los titulares de dichas patentes aceptan, de forma consciente e informada, sujetarlas a un régimen de licencias obligatorias, de carácter irrevocable, en unas condiciones justas, razonables y no discriminatorias (FRAND). Así lo prevé expresamente la Normativa ETSI la cual, en concreto, establece que el titular de una patente que haya sido declarada esencial para un determinado estándar deberá comprometerse por escrito a conceder licencias sobre su patente en términos FRAND⁸⁵.

Pues bien, como seguidamente veremos los asuntos *Motorola y Samsung* versan sobre la posibilidad de que el titular de una patente declarada esencial para un determinado estándar solicite ante los órganos judiciales unas medidas cautelares frente a aquellos operadores que están haciendo uso de su tecnología patentada sin contar con la preceptiva licencia para ello, sin que dicha acción judicial pueda considerarse una conducta abusiva contraria al art. 102 del TFUE.

⁸² El ETSI es un organismo independiente sin ánimo de lucro formado por más de 750 miembros de 63 países, todos ellos actores en el mercado de las tecnologías de la información y comunicación, cuya misión es, precisamente, producir estándares de telecomunicación a nivel mundial

⁸³ Normas de Procedimiento ETSI, Anexo 6 «Política de Derechos de Propiedad Industrial del ETSI», art. 4.1 (en su versión de 19 de marzo de 2014): «4.1 Subject to Clause 4.2 below, each MEMBER shall use its reasonable endeavours, in particular during the development of a STANDARD or TECHNICAL SPECIFICATION where it participates, to inform ETSI of ESSENTIAL IPRs in a timely fashion. In particular, a MEMBER submitting a technical proposal for a STANDARD or TECHNICAL SPECIFICATION shall, on a bona fide basis, draw the attention of ETSI to any of that MEMBER's IPR which might be ESSENTIAL if that proposal is adopted».

⁸⁴ Definición recogida en el art. 15.6 de las Normas de Procedimiento ETSI, citadas en la nota al pie núm. 83: «"ESSENTIAL" as applied to IPR means that it is not possible on technical (but not commercial) grounds, taking into account normal technical practice and the state of the art generally available at the time of standardization, to make, sell, lease, otherwise dispose of, repair, use or operate EQUIPMENT or METHODS which comply with a STANDARD without infringing that IPR. For the avoidance of doubt in exceptional cases where a STANDARD can only be implemented by technical solutions, all of which are infringements of IPRs, all such IPRs shall be considered ESSENTIAL».

⁸⁵ En concreto, el art. 6.1 de las Normas de Procedimiento ETSI, citadas en la nota al pie núm. 83, establece (en su última versión de 19 de marzo de 2014): «6.1 When an ESSENTIAL IPR relating to a particular STANDARD or TECHNICAL SPECIFICATION is brought to the attention of ETSI, the Director-General of ETSI shall immediately request the owner to give within three months an irrevocable undertaking in writing that it is prepared to grant irrevocable licenses on fair, reasonable and non-discriminatory ("FRAND") terms and conditions under such IPR to at least the following extent: MANUFACTURE, including the right to make or have made customized components and sub-systems to the licensee's own design for use in MANUFACTURE; sell, lease, or otherwise dispose of EQUIPMENT so MANUFACTURED; repair, use, or operate EQUIPMENT; and use METHODS. The above undertaking may be made subject to the condition that those who seek licenses agree to reciprocate».

b) *Asunto Motorola (AT.39985)*

Los hechos de los que trae causa la Decisión *Motorola*, de 29 de abril de 2014, son los siguientes. Según se apunta en la decisión, Motorola y Apple estuvieron en negociaciones para una licencia sobre las patentes esenciales de titularidad de Motorola desde el año 2007. No habiendo llegado a ningún acuerdo, en abril de 2011 Motorola solicitó ante el Tribunal de Distrito de Mannheim unas medidas cautelares contra Apple Sales International en base a tres patentes, dos de ellas patentes esenciales: i) la patente Cudak EP 1010336, declarada esencial para el estándar GPRS el cual, a su vez, es parte del estándar GSM y clave dentro de la industria móvil y las comunicaciones inalámbricas, y ii) la patente Whinnett EP 1053613, declarada esencial para el estándar UMTS en las comunicaciones móviles⁸⁶; y otras medidas cautelares ante el Tribunal de Distrito de Düsseldorf contra otras dos empresas del Grupo Apple. La finalidad de dichas medidas cautelares era, principalmente, que Apple cesara en la comercialización en Alemania de los productos que incorporaran dichos estándares. Y así lo acordó el Tribunal de Distrito de Mannheim en la resolución de 9 de diciembre de 2011, por la que ordenó a Apple cesar temporalmente en el ofrecimiento de los productos infractores para las ventas *online* a los consumidores en Alemania. Dicha medida cautelar fue ejecutada por Motorola poco después, en enero de 2012.

En el marco de dicho procedimiento judicial, Apple hizo hasta un total de seis ofertas de licencia para resolver dicha controversia, de conformidad con lo establecido por el Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo Alemán) en su Sentencia de 6 de mayo de 2009 sobre el «*Orange Book Standard*», relativa a los estándares para la producción de CDs (asunto No KZR 39/06)⁸⁷. En cada nueva oferta que presentaba, Apple hacía más concesiones a favor de Motorola. Todas las ofertas fueron rechazadas por Motorola excepto la última de ellas, presentada el 30 de enero de 2012 (el mismo día en el que Motorola ejecutó la medida cautelar acordada por el Tribunal alemán). Según la Comisión, ésta última oferta contenía unos términos abusivos que Apple no hubiera aceptado si no hubiera sido porque Motorola había ejecutado la medida cautelar contra ella⁸⁸.

⁸⁶ Como explica la Comisión Europea en la nota al pie núm. 108 de la Decisión *Motorola*, el Tribunal de Distrito de Mannheim declaró, en su resolución de 10 de febrero de 2012, que Motorola no había fundado suficientemente su demanda de infracción sobre la patente Whinnett, de aquí que la Comisión se centrara en su decisión en la otra patente declarada esencial, la patente Cudak.

⁸⁷ Sentencia del Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo Alemán) de 6 de mayo de 2009, *Philips v. KS Kassetten*, asunto No KZR 39/06. Entre los comentarios a dicha resolución podemos destacar el de T. VORMANN y A. GÄRTNER, «Federal Supreme Court Rules in Orange Book Standard. Industry Standards and the Competition Law Defence Acting Like a “True Licensee”», *International Law Office*, de 26 de mayo de 2009 (<http://www.internationallawoffice.com/newsletters/detail.aspx?g=abc44bef-50b0-4b0b-8c70-a28d7fa5502a>), y J. WITTING, *German Federal Supreme Court decides in landmark case on competition law defense*, de 1 de octubre de 2009 (<http://www.twobirds.com/en/news/articles/2013/german-federal-supreme-court-competition-law-defence>).

⁸⁸ El resumen de los términos del acuerdo transaccional alcanzado por Motorola y Apple lo encontramos en el párrafo 163 de la Decisión *Motorola*.

Tras analizar el mercado relevante, la Comisión Europea concluyó que Motorola ostentaba una posición de dominio en el mercado en tanto que su cuota de mercado para la licencia de la tecnología, especificada en el estándar GPRS, en el que se incluye la patente Cudak, era del 100 por 100 y, además, la implementación de dicho estándar era indispensable para los fabricantes de dispositivos móviles dada su amplia difusión en el Espacio Económico Europeo («EEE»).

Determinada la posición de dominio, la Comisión Europea pasa a valorar si Motorola habría abusado de la misma, recordando que tenía una especial responsabilidad para asegurar que su conducta en relación con la patente esencial Cudak no distorsionara la competencia en el mercado, máxime cuando ella misma había voluntariamente asumido el compromiso de conferir una licencia en términos y condiciones FRAND al declarar que era esencial. A este respecto, la Comisión parte de la premisa de que el titular de una patente esencial que ha asumido el compromiso de licenciar puede, no obstante, iniciar las acciones judiciales que estime oportunas en defensa de sus intereses si el licenciataria potencial no está dispuesto a entrar en un acuerdo de licencia en términos y condiciones FRAND, de manera que el titular de la patente esencial no podrá recibir una remuneración apropiada por el uso de su patente esencial, entre otros casos⁸⁹.

Pues bien, tras dicho análisis, en su Decisión de 29 de abril de 2014 la Comisión Europea concluye que la conducta de Motorola consistente en: i) continuar con el procedimiento cautelar a pesar de que, de la segunda oferta de licencia presentada por Apple, ya se desprendía que Apple era un «licenciataria dispuesto» a celebrar un acuerdo de licencia con Motorola en términos y condiciones⁹⁰, según estos fueran determinados por un Tribunal⁹¹, y ii) ejecutar la medida cautelar concedida por el Tribunal de Distrito de Mannheim forzando así a Apple a concluir un acuerdo de licencia con términos que en otro caso no habría aceptado, constituye un abuso de posición de dominio contraria al art. 102 TFUE. Y ello por cuanto al ejecutar la medida cautelar concedida contra la filial de Apple encargada de las ventas *online*, Apple vio limitada provisionalmente la posibilidad de vender *online* en Alemania sus productos compatibles con el estándar GPRS. Así, a fin de evitar las consecuencias negativas derivadas de la ejecución de la medida cautelar, la Comisión considera que Apple tuvo que aceptar condiciones de

⁸⁹ Párrafo 427 de la Decisión *Motorola*.

⁹⁰ Tal y como la Comisión Europea apunta en su Decisión *Motorola*: «437 [...] With its Second Orange Book Offer, Apple proposed to enter into a licensing agreement with full judicial review and determination of the proposed FRAND royalties with retroactive effect by a court. As regards the scope of the Second Orange Book Offer, as outlined in recitals (125)-(126), it covered all Apple products infringing the licensed SEPs in Germany. Hence, this offer was a clear indication of Apple's willingness to enter into a licensing agreement on FRAND terms and conditions. [...] 439 Second, Apple's initial refusal, after its Second Orange Book Offer, to agree to licensing terms that would de facto prevent it from challenging the validity and infringement of Motorola's telecommunication SEPs in Germany is not a sign of unwillingness to enter into a license agreement for those SEPs on FRAND terms and conditions».

⁹¹ El resumen de los términos y las condiciones propuestas por Apple en su segunda oferta lo encontramos en los párrafos 125 y 126 de la Decisión *Motorola*.

licencia desfavorables que en otras circunstancias no hubiera aceptado⁹². No obstante ello, la Comisión acuerda no imponer una multa a Motorola, al no haber precedentes en la Unión Europea en supuestos similares y al verificar que la jurisprudencia de los Tribunales nacionales dictada en estos casos era contradictoria.

c) *Asunto Samsung (AT.39939)*

En su Decisión de 29 de abril de 2014 la Comisión Europea aprobó el compromiso de Samsung de no solicitar en Europa medidas cautelares de cesación de actividad en base a sus patentes esenciales cubriendo la tecnología estándar Universal Mobile Telecommunications Services (UMTS) para *smartphones* y tabletas frente a aquellos licenciatarios que suscriban el acuerdo marco acordado.

Dicho procedimiento trae causa de las solicitudes de medidas cautelares instadas por Samsung contra Apple Inc. en varios Estados miembros⁹³ sobre la base de sus patentes esenciales para el estándar UMTS⁹⁴. En diciembre de 2012⁹⁵, la Comisión Europea emitió su Pliego de Cargos en el que concluía, de forma preliminar, que la conducta de Samsung, teniendo en cuenta las circunstancias excepcionales del caso (la declaración de las patentes en base a las que se habían solicitado las medidas cautelares como esenciales para el estándar UMTS y el compromiso asumido por Samsung de conceder licencias sobre las mismas en términos y condiciones FRAND) y ante la ausencia de justificación objetiva al estar Apple supuestamente dispuesta a concertar una licencia en términos y condiciones FRAND, podría ser contraria al art. 102 del TFUE.

Para llegar a dicha conclusión, la Comisión Europea analizó el mercado relevante, concluyendo que Samsung ostentaba una posición de dominio en el mismo, definido éste como el mercado de licenciar las tecnologías especificadas en el estándar UMTS, del que las patentes de Samsung afectadas son esenciales. Teniendo en cuenta que el estándar UMTS está ampliamente adoptado en el EEE, es indispensable para los fabricantes de dispositivos móviles cumplir con dicho estándar. Además, para desarrollar la infraestructura de la tecnología UMTS los operadores han tenido que realizar una importante inversión, lo que hace que todos estos operadores deban

⁹² En concreto, la Comisión entiende que de no haber sido por la ejecución de la medida cautelar, Apple no habría aceptado: i) la cláusula de terminación en caso de que Apple cuestionara la validez de las patentes SEP de Motorola; ii) la inclusión del iPhone 4 en la lista de «productos infractores», ya que en relación con dicho modelo Apple siempre había defendido hasta ese momento que Motorola no podía reclamarle daños al quedar cubierto por el acuerdo de licencia que Motorola tenía suscrito con Qualcomm, suministrador de Apple de chips incluidos en dicho modelo de móvil, y iii) el reconocimiento por parte de Apple de haber ocasionado daños a Motorola

⁹³ En concreto, Samsung solicitó medidas cautelares en Francia, Alemania, Italia, Holanda y el Reino Unido.

⁹⁴ Véase la nota de prensa de la Comisión Europea IP/12/89, de 31 de enero de 2012.

⁹⁵ Véase la nota de prensa IP/12/1448 y el MEMO/12/1021, ambos de 21 de diciembre de 2012, en los que se recoge información sobre el Pliego de Cargos notificado a Samsung.

seguir con dicha tecnología. La Comisión Europea también analizó si los estándares 4G podían de alguna forma constreñir la posición de dominio de Samsung, concluyendo que al menos a medio término eran tecnologías complementarias, y no sustitutivas.

Confirmada la posición de dominio, la Comisión Europea verificó si Samsung habría abusado de ella, llegando con carácter preliminar a la conclusión de que sí en tanto que, al solicitar medidas cautelares contra Apple sobre la base de sus patentes esenciales para el estándar UMST, Samsung podía, por un lado, excluir a Apple del mercado, siendo Apple uno de sus competidores en la fabricación de dispositivos que cumplen con el estándar UMST, y, por otro lado, inducir a Apple a aceptar términos de licencia desventajosos que no hubiera aceptado de no haber sido por las acciones ejercitadas contra ella.

Aunque Samsung manifestó su oposición al Pliego de Cargos de la Comisión Europea, en base al art. 9.1 del Reglamento (CE) núm. 1/2003, ofreció unos compromisos para salvar las objeciones de la Comisión, los cuales, tras tramitarse el procedimiento previsto en dicho reglamento comunitario y recibir las observaciones de terceros interesados⁹⁶, han sido aceptados por la Comisión mediante la Decisión analizada. En virtud de dichos compromisos, Samsung se ha comprometido durante un periodo de cinco años a no solicitar ninguna orden judicial de cesación en la EEE sobre la base de cualquiera de sus patentes esenciales, presentes y futuras, relativas a tecnologías implementadas en *smartphones* y tabletas contra aquellas empresas que acepten un acuerdo marco de licencia de patentes esenciales. De conformidad con dicho acuerdo marco: i) el periodo de negociación será de doce meses, y ii) si no es posible llegar a ningún acuerdo, cualquiera de las dos partes podrá solicitar que los términos y condiciones FRAND sean fijados por un Tribunal o, si ambas partes así lo acuerdan, por un árbitro. Se nombra asimismo a un supervisor que irá informando a la Comisión Europea sobre el cumplimiento de dichos compromisos. Samsung no estará vinculada a dichos compromisos en aquellos casos en los que el tercero licenciataria sea, a su vez, titular de patentes esenciales y solicite una medida cautelar contra Samsung o uno de sus clientes a pesar de que Samsung hubiera ofrecido concertar una licencia para dichas patentes siguiendo el mismo procedimiento que el establecido en los compromisos aprobados.

Según la Comisión Europea «el peor escenario posible es cuando una empresa dispuesta a concertar una licencia en términos FRAND para una patente esencial para un estándar es golpeada por una orden de suspensión»⁹⁷. Y de aquí que, en ambas decisiones, la Comisión Europea, tras recordar que

⁹⁶ Según se explica en el párrafo 19 de la Decisión *Samsung*, se recibieron 18 observaciones de terceros sobre los compromisos inicialmente presentados por Samsung.

⁹⁷ Conferencia del vicepresidente de la Comisión Europea Sr. Joaquín Almunia, SPEECH/12/629, de 20 de septiembre de 2012, New York, Fordham University: «*The worst-case scenario is when a company willing to take a license for standard-essential patents on FRAND terms is hit by an injunction*».

todo titular de una patente tiene el derecho legítimo a iniciar las acciones pertinentes en defensa de su derecho y, entre ellas, a solicitar medidas cautelares de cesación contra aquellos terceros infractores, haya no obstante expresado ciertos reparos hacia la conducta de Motorola y Samsung en el caso concreto, por solicitar y ejecutar medidas cautelares contra terceros que habrían manifestado su disposición a concertar una licencia en términos y condiciones FRAND sobre patentes esenciales para una tecnología que se ha estandarizado. Mediante dichas decisiones, la Comisión Europea ha pretendido «aportar claridad a la industria sobre qué constituye un marco apropiado para dirimir disputas sobre términos FRAND en línea con las normas de la competencia de la UE»⁹⁸.

Es cierto que dichas resoluciones vienen a dar un puerto de seguridad a aquellos licenciatarios que estén dispuestos a someterse a un Juzgado o un árbitro para resolver cualquier controversia sobre los royalties y pueden servir como guía. Ahora bien, las mismas abren un nuevo debate sobre cuándo puede entenderse que un tercero está dispuesto a obtener una licencia sobre las patentes esenciales para un estándar concreto en términos y condiciones FRAND y qué debe entenderse por «justo, razonable y no-discriminatorio», valoración ésta que la Comisión Europea delega expresamente a los Tribunales y árbitros⁹⁹.

En principio, es de esperar que sobre este nuevo debate se vierta un poco de luz por la resolución que el TJUE adopte en relación con la cuestión prejudicial que le ha sido planteada en el asunto *Huawei* (C-170/13), la cual pretende, principalmente, dirimir en qué circunstancias el ejercicio de los derechos derivados de una patente declarada esencial para un determinado estándar puede entenderse abusivo y contrario a las normas del Derecho de la competencia¹⁰⁰.

⁹⁸ Nota de prensa de la Comisión Europea de 29 de abril de 2014, IP/14/490.

⁹⁹ MEMO/14/322, de 29 de abril de 2014, de la Comisión Europea. En noviembre de 2013 el Tribunal Regional de Mannheim planteó a la Comisión una serie de cuestiones sobre cómo fijar un royalty FRAND en la controversia sobre patentes esenciales entre Motorola y Apple, no habiendo la Comisión publicado aún a la fecha de este artículo su respuesta al respecto.

¹⁰⁰ Cuestión prejudicial planteada por el Landgericht Düsseldorf (Alemania) el 5 de abril de 2013 en el asunto C-170/13, *Huawei Technologies Co. Ltd v. ZTE Corp., ZTE Deutschland GmbH*. En concreto, las cuestiones prejudiciales que le han sido planteadas al TJUE pueden resumirse de la siguiente forma: 1) ¿Es suficiente con que el tercer infractor haya declarado su disposición a negociar una licencia sobre la patente declarada esencial para un estándar, o es preciso que presente una oferta incondicional aceptable para la celebración de un contrato de licencia que el titular de la patente esencial?; 2) ¿Puede presumirse la voluntad de negociar si el autor de la infracción ha declarado simplemente de forma genérica (oralmente) estar dispuesto a entablar negociaciones, o debe haber comenzado ya a negociar, por ejemplo, indicando condiciones concretas con arreglo a las que está dispuesto a celebrar un contrato de licencia?; 3) ¿Puede someterse la oferta a la condición de que la patente esencial para un estándar sea efectivamente utilizada y/o resulte ser legalmente válida?; 4) ¿Está obligado el autor de la infracción a rendir cuentas de los actos de utilización realizados y/o a pagar un canon por la licencia? ¿Puede cumplirse la obligación del pago del canon, en su caso, mediante prestación de garantías?; y 5) Las condiciones para apreciar un abuso de poder por el titular de una patente esencial para un estándar, ¿son aplicables también al ejercicio judicial de otros derechos derivados de una violación de patente (rendición de cuentas, retirada de productos, indemnización)?

5. CONCLUSIONES

Como decíamos al principio, durante años la Comisión pareció no advertir que los derechos de propiedad industrial y el Derecho de la competencia son dos caras de una misma moneda, y que no tenía mucho sentido aprobar normas sustantivas y procedimientos aplicables al anverso de la moneda sin examinar lo que había en el reverso, y viceversa. Uno de los ejemplos más claros de esta falta de visión holística de todas las aristas de la moneda lo encontramos en el informe sectorial realizado sobre el sector farmacéutico en el año 2009, el cual mereció ácidas críticas por parte de algunos de los jueces europeos de patentes.

En fecha más reciente, la Comisión se ha ocupado de varios procedimientos en campos particularmente dependientes de las patentes, como el farmacéutico y el de las telecomunicaciones, los cuales han hecho aflorar la dificultad de delimitar la línea divisoria entre lo que constituye el legítimo ejercicio de un derecho de propiedad industrial y el uso abusivo (por anti-competitivo) del mismo. Por el camino, se ha quitado de encima la difícil responsabilidad de determinar lo que constituye un *royalty* «justo, razonable y no discriminatorio» («FRAND») para la concesión de una licencia sobre una patente esencial en el campo de las telecomunicaciones, pasándole la patata caliente a los Tribunales y, en su caso, los árbitros que designen las partes para resolver dichas controversias. En cualquier caso, sería deseable que en asuntos futuros la Comisión dejara de lado planteamientos apriorísticos (como entender que pagar por retrasar la comercialización de un producto es necesariamente anticompetitivo) y que aplicara un criterio basado en las concretas circunstancias del caso concreto («*rule of reason*»), como se hace en el otro lado del Atlántico.

Además, no hay que olvidar que a la hora de expresar reparos basados en el Derecho de la competencia al modo en el que los titulares de derechos de propiedad industrial los hacen valer, las autoridades de defensa de la competencia están constreñidas por los tratados internacionales que vinculan a la Unión y a sus Estados miembros. Sobre esta cuestión, el Acuerdo ADPIC prevé en su art. 8.2, bajo la rúbrica «Principios», que puede ser necesario aplicar medidas apropiadas, «siempre que sean compatibles con lo dispuesto en el presente Acuerdo», para «prevenir el abuso de los derechos de propiedad intelectual por sus titulares o el recurso a prácticas que limiten de manera injustificable el comercio o redunden en detrimento de la transferencia internacional de tecnología». La cuestión es, por tanto, determinar cuándo el ejercicio legítimo de un derecho puede entenderse «abusivo» por limitar «de manera injustificable» el comercio o resultar «en detrimento de la transferencia internacional de tecnología», en los términos establecidos en el Acuerdo ADPIC.

INTERCAMBIOS DE INFORMACIÓN ENTRE COMPETIDORES: ACTUACIONES DE LA CNMC EN UN CASO RECIENTE

Pedro POSADA DE LA CONCHA
Sergio GARCÍA DE FRUTOS*

1. INTRODUCCIÓN

En los últimos años, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) ha llevado a cabo un número significativo de investigaciones de conductas potencialmente contrarias al Derecho de la competencia que involucran el intercambio de información comercialmente sensible entre competidores¹. La mayoría de estos casos comprenden posibles actuaciones de fijación de precios y/o acuerdos de reparto de mercados, en los que la existencia de prácticas consistentes en el intercambio de información ha constituido, incluso, el aspecto fundamental sobre el que ha girado la instrucción.

* NERA Economic Consulting, Madrid y Bruselas.

¹ Entre otros, se pueden mencionar:

- Expediente S/0280/10 (Suzuki-Honda), donde se declaró la existencia de una práctica concertada de intercambio bilateral de información comercial sensible, relativa a los precios y márgenes mayoristas de motocicletas, entre las empresas Honda y Suzuki.
- Expediente S/0425/12 (Industrias Lácteas 2), contra varias empresas de las industrias lácteas, por el intercambio de información y/o acuerdos para el reparto de mercado y la fijación de condiciones comerciales, en el mercado de aprovisionamiento de leche de vaca cruda.
- Expediente S/0453/12 (Rodamientos Ferroviarios), contra algunas empresas del sector de los rodamientos industriales para vehículos ferroviarios, ante la sospecha de una posible conducta anticompetitiva que consistiría en la adopción de acuerdos para repartición del mercado, la fijación de precios y el intercambio de información comercialmente sensible.
- Expediente S/0474/13 (Precios Combustibles Automoción), contra Repsol, Cepsa, BP y otras empresas del sector, por una posible conducta anticompetitiva consistente en la coordinación entre operadores de productos petrolíferos en materia de precios, clientes y condiciones comerciales, y el intercambio de información comercialmente sensible, en los mercados de distribución de combustibles de automoción.
- Siete expedientes sancionadores, en septiembre de 2013, por posibles prácticas anticompetitivas, consistentes en la fijación de precios y condiciones comerciales y de servicio, así como el intercambio de información comercialmente sensible, en los mercados de fabricación y distribución de vehículos de motor.

Particularmente interesante resulta el expediente S/0404/12 (Servicios Comerciales Aena)², donde la investigación de la autoridad se centró en el intercambio de información como una infracción autónoma de la normativa de competencia, es decir, no como una conducta accesoria a un cártel o a un acuerdo explícito³. En dicho expediente, la CNMC declaró acreditada la existencia de una infracción, consistente en el intercambio de información comercialmente sensible entre empresas de alquiler de coches sin conductor, concesionarias en varios aeropuertos españoles.

El intercambio de información comercialmente sensible entre competidores como infracción de las normas de competencia es una práctica que ha sido ampliamente tratada dentro del marco del Derecho de la competencia, tanto desde el punto de vista jurídico como económico. Por un lado, autoridades de competencia como la Comisión Europea (CE) han establecido algunas pautas de análisis a seguir para evaluar su posible carácter anticompetitivo⁴. Asimismo, la literatura económica ha identificado una serie de factores que deben ser tomados en consideración para valorar la posibilidad de que se alcance un equilibrio colusorio, dando lugar a efectos anti-competitivos.

No obstante, el intercambio de información entre empresas rivales sigue siendo un tema muy complejo y controvertido dentro del Derecho de la competencia. Salvo algunas excepciones concretas⁵, ni la ley española ni la normativa comunitaria sobre acuerdos horizontales especifica qué tipo de intercambio de información debe ser sancionado, y tampoco existen reglas de aplicación directa para distinguir si el intercambio de información dará lugar a efectos favorables o perjudiciales para la competencia. Esto se debe, en gran medida, a que este tipo de acciones es capaz de generar efectos tanto anti-competitivos (al poder facilitar un comportamiento coordinado, restringiendo la competencia), como pro-competitivos (que pueden afectar positivamente a consumidores y productores), lo que dificulta la valoración del efecto neto de dichas prácticas.

Por consiguiente, la valoración de estos casos exige llevar a cabo un análisis económico detallado de la información que se intercambia y de la forma en que se realiza, evaluando sus efectos potenciales, tanto pro-competitivos como restrictivos, específicamente en el contexto del mercado en que tiene lugar dicho intercambio. Asimismo, resulta muy importante valorar desde un punto de vista empírico el impacto real que la práctica en cuestión haya podido tener sobre el mercado para determinar cuál de

² Los autores de este artículo actuaron como consultores económicos en la investigación de este caso.

³ Cabe destacar, no obstante, que el Consejo de la CNMC en su Resolución eventualmente entendió que este expediente sancionador debió haberse instruido conjuntamente con el expediente S/0380/11 (Coches de Alquiler) «por cuanto la denuncia de las conductas, las conductas y las infracciones, en ambos expedientes sancionadores, gozan de unidad de acto», aunque terminó sancionando a varias empresas exclusivamente por las prácticas de intercambio de información comercialmente sensible.

⁴ Véase, por ejemplo, COMISIÓN EUROPEA (2011).

⁵ Como se explica más adelante.

los dos efectos opuestos domina en cada caso. Es decir, las autoridades de competencia deben ser particularmente cuidadosas en este tipo de casos, con el fin de evitar la imposición de sanciones injustas y/o la creación de inseguridad jurídica, lo que puede disuadir o desincentivar la realización, por parte de las empresas, de acciones potencialmente pro-competitivas y eficientes.

No obstante, la experiencia reciente en España no sugiere que se haya aplicado un análisis riguroso, ni que se haya seguido la metodología adecuada, al omitir la valoración de ciertos elementos clave, dando lugar, como consecuencia, a un sesgo en la decisión final de la autoridad.

En este artículo se lleva a cabo una revisión del marco analítico económico desarrollado para identificar aquellos elementos y factores relevantes en la valoración de los intercambios de información, y que no fueron considerados por la autoridad de competencia española, por ejemplo, en el expediente S/0404/12 (Servicios Comerciales Aena).

El mensaje que se desea transmitir, de cara a decisiones futuras de los organismos reguladores, es que una valoración objetiva y robusta debe necesariamente analizar los efectos que cierto intercambio de información puede haber producido, así como estudiar la manera específica en que dicho intercambio puede haber facilitado un acuerdo colusorio o podría facilitararlo en el futuro, tomando en consideración además los efectos pro-competitivos que éste pueda generar. Sólo de esta forma se evitará caer en un exceso de intervencionismo que desincentive la realización de ciertas prácticas potencialmente beneficiosas tanto para los productores como para los consumidores.

2. MARCO ANALÍTICO

El actual marco económico y jurídico para la valoración del intercambio de información comercialmente sensible entre competidores sugiere seguir un análisis caso por caso, donde el tipo de información que se intercambia, las características del mercado, el contexto económico y otras condiciones bajo las cuales se llevan a cabo dichas prácticas sean estudiadas cuidadosamente.

La principal razón que justifica este enfoque es que los intercambios de información pueden ser beneficiosos para los consumidores y para el mercado en general⁶, si bien estas prácticas pueden también dar lugar a efectos

⁶ Por ejemplo, aumentar la transparencia puede reducir los costes de búsqueda para los consumidores, lo que permitirá a los usuarios elegir entre los distintos productos de una forma más informada, incrementando así la competencia. La transparencia puede además beneficiar al proceso competitivo, ya que mediante un conocimiento más profundo del mercado se facilita el desarrollo de estrategias comerciales más eficaces y eficientes por parte de las empresas. Una mayor transparencia también conlleva ventajas para empresas nuevas que podrán, por ejemplo, entrar en el mercado compitiendo de una manera más agresiva. Asimismo, la mejora de los flujos de información permite que las empresas lleven a cabo comparaciones con sus competidores (por ejemplo, sobre costes de producción)

restrictivos de la competencia, derivando en unas condiciones de mercado adversas y perjudiciales para los consumidores. Esto sucede especialmente cuando los intercambios de información generan la posibilidad o incrementan la probabilidad de que las empresas alineen sus estrategias comerciales, dando lugar a un equilibrio colusorio o implícito⁷.

La colusión entre empresas, no obstante, no es un resultado de mercado alcanzar y sostener en el tiempo, ya que es una situación de mercado inherentemente inestable. Es decir, una vez que se ha alcanzado un acuerdo entre empresas competidoras (por ejemplo, para fijar unos precios altos), cada una de ellas —de manera individual— tiene incentivos a incumplirlo con el fin de convertirse en la opción más atractiva (barata) para los consumidores y de esta forma quedarse con una parte significativa del mercado.

Así, para que un acuerdo colusorio pueda sostenerse en el tiempo, es necesario que exista algún tipo de castigo o represalia para la empresa o las empresas que se desvían de los acuerdos, tales como un periodo subsiguiente de intensa guerra de precios inducida por los demás participantes, con el fin de reducir los beneficios de la empresa desleal y desincentivar su incumplimiento.

Tanto la literatura económica como las Directrices de la CE al respecto, así como la jurisprudencia⁸, coinciden en que deben cumplirse ciertas condiciones para que se pueda alcanzar un acuerdo colusorio entre competidores que sea sostenible en el tiempo:

- a) que se puedan fijar unos términos del acuerdo beneficiosos para todas las empresas;
- b) que otras empresas que no forman parte del acuerdo (ya sean actuales o potenciales) no erosionen estos beneficios;
- c) que sea posible detectar desviaciones de los términos de los acuerdos; y
- d) que se cuente con un mecanismo creíble de castigo o represalia para las empresas que se desvían.

De la misma forma, la literatura económica y las Directrices de la CE también consideran que es más probable que se cumplan las condiciones anteriores cuando los mercados son transparentes y estables (por ejemplo, con una demanda poco variable, sin grandes innovaciones y con altas

y entiendan mejor la estructura y las tendencias del mercado para adaptar su gestión y sus estrategias comerciales (por ejemplo, planes de inversión), volviéndolas, por tanto, más competitivas. El intercambio de información puede ser particularmente beneficioso en algunos sectores, tales como el de seguros y de créditos bancarios, donde el conocimiento de datos sobre siniestros y características de los usuarios permite diseñar productos y condiciones más adecuados, ofrecidos a los mejores clientes, lo que conlleva una gestión del riesgo más eficiente. Para mayores detalles véanse, por ejemplo, COMISIÓN EUROPEA (2011) y BENNETT y COLLINS (2010).

⁷ Al respecto véase, por ejemplo, IVALDI *et al.* (2003).

⁸ Un caso que sentó precedentes en este sentido es el de la fusión entre *Airtours* y *First Choice* donde el Tribunal de Primera Instancia revocó la decisión de la CE de bloquear la operación entre estas empresas por la posibilidad de que surgieran efectos coordinados (colusión tácita o implícita). En particular, el Tribunal estableció que debía probarse que se cumplían una serie de condiciones para demostrar la posibilidad de que surgieran efectos coordinados.

barreras a la entrada); cuando se comercializan productos sencillos y homogéneos; y cuando el número de empresas que operan en el mercado es bajo, éstas tienen estructuras simétricas y comparten vínculos estructurales. Igualmente, un mercado es más propenso a la colusión cuando no existe poder compensador de la demanda, las empresas interactúan frecuentemente y coinciden en otros mercados⁹.

En la medida en que el intercambio de información facilite la creación o fortalezca alguno de estos factores, la probabilidad de alcanzar un resultado colusorio aumentará.

Así, lo que determina que una práctica de intercambio de información entre competidores pueda ser contraria a la competencia será tanto la situación de mercado preexistente como el modo en que el intercambio modifica esta situación, lo que depende, a su vez, de la naturaleza de la información y de la manera en que se intercambia.

De esta forma, para determinar el potencial carácter anti-competitivo de estas prácticas, una vez se han analizado las características del mercado y su propensión a un equilibrio colusorio, será necesario valorar cuál puede ser el impacto del intercambio de información sobre estas condiciones ini-

⁹ La **transparencia** en el mercado puede facilitar el entendimiento común sobre las condiciones de la coordinación (por ejemplo mediante la identificación de un punto focal), y permitir detectar más fácilmente los posibles incumplimientos del acuerdo.

Una alta **concentración** también simplifica la coordinación, al involucrar un menor número de competidores y permitir que cada uno de ellos reciba un mayor porcentaje de los beneficios extraordinarios. Algunos trabajos, como el de DAVIES *et al.* (2011), basados en información empírica sobre 62 casos de posibles efectos coordinados (o colusión tácita) en el contexto de la valoración de 2.425 concentraciones entre 1990 y 2004, muestran que la colusión tácita es un fenómeno más bien raro y que se limita principalmente a mercados con dos empresas más o menos simétricas.

Asimismo, la **simetría** en términos de cuotas de mercado, estructura de costes, gama de productos, capacidades, etc., permite que los incentivos de los competidores estén más alineados, facilitando, por tanto, el acuerdo implícito en cuanto a la variable de colusión. Por ejemplo, si existen asimetrías en las cuotas de mercado, las empresas de menor tamaño tienen mayores incentivos a desviarse del equilibrio, dado el potencial para poder obtener una mayor cuota en el mercado. El trabajo de DAVIES *et al.* (2011) también proporciona evidencia empírica de que la colusión tácita surge mayoritariamente entre empresas simétricas.

Por el contrario, una mayor **complejidad** del mercado (por ejemplo en cuanto al nivel de diferenciación del producto) dificultará el entendimiento común sobre las condiciones de la coordinación, al requerir un mayor intercambio de información. Según la revisión realizada por GROUT y SONDEREGGER (2005) de los cárteles detectados por la CE desde 1990, la mayor parte se produjeron en mercados en los cuales los productos eran relativamente homogéneos.

Asimismo, la **inestabilidad de la demanda y de la oferta** son factores que dificultan la fijación de los términos de los acuerdos colusorios. Por un lado, una demanda inestable dificulta la detección de posibles incumplimientos del acuerdo, requiriendo, por tanto, una mayor coordinación y vigilancia. Una oferta inestable se puede deber a la importancia de la innovación en el mercado [en este sentido, GROUT y SONDEREGGER (2005) observan que, en la mayoría de industrias en las cuales la CE ha detectado la existencia de cárteles, su gasto en I+D es bajo comparado con la media del resto de industrias], a las bajas barreras a la entrada o a un gran poder compensador de la demanda.

Finalmente, otros factores que pueden facilitar la posibilidad de colusión son la **interacción frecuente** de las empresas (que permite una detección más rápida de posibles desvíos), los **contactos multi-mercado** y la existencia de **vínculos empresariales** (que permiten alinear incentivos y disminuir asimetrías entre los posibles integrantes del acuerdo).

Al respecto de todos estos puntos véanse, por ejemplo, GROUT y SONDEREGGER (2005); GROUT y SONDEREGGER (2007); TIROLE (1988) y COMISIÓN EUROPEA (2011).

ciales¹⁰. En este sentido, y también de acuerdo con las Directrices de la CE, los factores y características relevantes a considerar serían:

- **La naturaleza de la información.** La información desagregada relativa a intenciones futuras sobre «variables estratégicas» de competencia, por ejemplo sobre precios o capacidad productiva, debe ser casi siempre censurable y —básicamente— se considera el único caso donde se debe declarar una infracción por objeto¹¹. La consideración de una variable como «estratégica», no obstante, dependerá de cuál sea el parámetro de competencia en el mercado, por lo que será necesario valorar el contexto económico en cuestión¹². Por otra parte, el intercambio de información estadística que permita a las empresas determinar, por ejemplo, el nivel general de la demanda, la producción en el mercado o los costes de los competidores puede ser beneficiosa para la competencia.
- **Cobertura del mercado.** Para que un intercambio de información tenga efectos restrictivos de la competencia, las empresas implicadas tienen que cubrir una parte suficientemente amplia del mercado de referencia¹³. No obstante, el grado de cobertura que resulta suficiente depende de las condiciones de competencia en el mercado¹⁴.
- **El nivel de detalle de la información intercambiada.** Cuanto mayor sea el nivel de detalle, más fácil es que las empresas puedan predecir la conducta futura de sus competidores y ajusten sus es-

¹⁰ Por ejemplo, CAFFARRA y KÜHN (2006) defienden que en la investigación del intercambio de información es necesario analizar específicamente cómo puede producirse la colusión en el mercado en cuestión, y qué información ayudaría a las empresas a coludirse.

¹¹ No obstante, algunos autores [por ejemplo, PADILLA (2010)] han destacado que no todos los intercambios de información sobre el comportamiento futuro de variables estratégicas son necesariamente dañinos. Éste es el caso, por ejemplo, cuando el mercado en cuestión no es propenso a la colusión o cuando existen otras variables de competencia relevantes. En este sentido, se ha llegado a considerar que las infracciones por objeto deberían estar restringidas únicamente a intercambios de información que forman parte de la estrategia de un cartel explícito. Más adelante en este artículo se señala otro ejemplo donde el intercambio de información, particularmente sobre los precios que se pretenden fijar en el futuro, puede producir efectos pro-competitivos.

¹² Por ejemplo, el intercambio de datos sobre cantidades o cuotas de mercado no sería estratégico en un mercado en el que la variable de competencia es el precio y los productos están diferenciados. Asimismo, el intercambio de información sobre clientes tampoco podría ser estratégico si en el mercado en cuestión no es posible hacer un reparto de clientes, por ejemplo porque éstos no pueden ser identificados ni repartidos entre las distintas empresas.

¹³ De lo contrario, los competidores que no participan en dicha práctica podrían limitar cualquier comportamiento anti-competitivo de las empresas implicadas, por ejemplo, fijando precios por debajo del nivel del precio coordinado.

¹⁴ Por ejemplo, en un caso extremo, con competencia (en precios), con bienes homogéneos y sin restricciones de capacidad, sería necesario que el 100 por 100 de las empresas participen y se coordinen para que un equilibrio colusorio exista y se pueda sostener. El grado de cobertura necesario no es muy distinto si el modelo de competencia es *Cournot* (compiten fijando cantidades) con productos homogéneos, exigiendo en este caso un porcentaje de participación de alrededor del 80 por 100 para que el resultado colusorio sea sostenible [este resultado fue por primera vez constatado por SALANT *et al.* (1983)]. Otro ejemplo a destacar es la competencia con productos diferenciados, donde el porcentaje de participación necesario dependerá fundamentalmente de las condiciones de cada mercado, pudiendo ser más bajo que en los ejemplos anteriores; en este caso, aunque el aumento de beneficios permitido por un acuerdo colusorio es menor (al tener cada empresa cierto poder de mercado para su producto en concreto), los incentivos a desviarse también son menores, puesto que no es posible «sustraer» el total de clientes del resto de competidores, debido a la diferenciación de productos.

trategias en consecuencia. Sin embargo, no existen criterios generales que determinen el nivel mínimo de agregación necesario para evitar una sanción; de nuevo, éste dependerá de las circunstancias específicas de cada mercado. Así, incluso información que aparentemente está completamente desagregada (en el sentido de que se refiere a cada una de las empresas), puede no tener impacto alguno si incluye distintos tipos de servicio sujetos a diferentes estrategias comerciales¹⁵.

- **La antigüedad y el periodo de referencia de la información intercambiada.** En general, el intercambio de datos históricos no contribuye a sostener un acuerdo puesto que no facilita que se detecten a tiempo comportamientos desleales al acuerdo. Por otro lado, la información sobre intenciones futuras presenta mayores riesgos al poder permitir que las empresas alcancen un punto de referencia en relación con los precios a fijar o los mercados a repartir¹⁶.
- **La frecuencia del intercambio.** Los intercambios de datos frecuentes permiten a las empresas adaptar mejor y más rápidamente su política comercial a la estrategia de sus competidores. Además, para que la colusión sea sostenible, es necesario que el castigo por desviarse del acuerdo sea creíble y eficaz, de modo que los desvíos sean detectados lo suficientemente rápido para limitar los beneficios del infractor. De nuevo, la frecuencia con que resulta necesario el intercambio de datos para obtener un resultado colusorio también depende de la naturaleza, la antigüedad y el nivel de agregación de los datos¹⁷.
- **La disponibilidad pública de la información.** En general, el intercambio de información pública o que es accesible a los rivales por otros medios no debe considerarse como una violación de las normas de competencia.
- **El carácter contrastado de la información.** Es decir, si se intercambia información contrastada o si por el contrario no puede ser verificada. Cuando la información obtenida de los distintos com-

¹⁵ Por ejemplo, si la información agrega y no distingue entre múltiples segmentos de clientes sujetos a ofertas comerciales distintas en cuanto a precio y características del servicio, será muy complicado detectar correctamente un posible desvío o aplicar un castigo específico y acotado a la empresa infractora.

¹⁶ Para valorar si la información intercambiada se puede calificar como histórica o no se debe tomar en consideración las circunstancias competitivas específicas del mercado. Por ejemplo, en las industrias donde la demanda es muy estable, las acciones futuras de un competidor pueden preverse más fácilmente a partir de sus acciones pasadas. Igualmente, la frecuencia de las renegociaciones de precios en un mercado será importante para determinar el carácter histórico de la información: los datos pueden considerarse históricos si su antigüedad es varias veces superior a la duración media de los contratos o al periodo de tiempo entre dos renegociaciones de precios. Así, en mercados donde se otorgan concesiones o contratos (por ejemplo) cada uno o dos años, información con uno o dos años de antigüedad puede resultar muy relevante. Por el contrario, si las licitaciones se realizan una o dos veces por semana, información de uno o dos meses de antigüedad es poco

¹⁷ Por ejemplo, aunque un intercambio de información con periodicidad mensual pueda en un principio reflejar una gran frecuencia, éste no sería el caso si en el mercado en cuestión las variaciones de precio son horarias o diarias, dado que la información mensual en ese caso no permitiría monitorizar la evolución de los precios de manera efectiva.

petidores no se puede verificar, existe el riesgo de que se trate simplemente de «*cheap talk*», es decir, que no se esté facilitando la información correcta y, por tanto, no sea posible detectar desvíos de las condiciones acordadas, lo que dificultaría el mantenimiento de un acuerdo colusorio.

En resumen, para que la información intercambiada en un determinado mercado pueda facilitar la coordinación, siendo por tanto susceptible de restringir la competencia en el mercado, debe demostrarse que:

1. **El mercado en cuestión es tal que en él se puede dar la colusión tácita**, es decir, que presente las características propias de un mercado propenso a la colusión.

2. **La naturaleza del intercambio genera o fortalece estos factores**, en particular porque aumenta la transparencia en el mercado facilitando los términos de la coordinación, la vigilancia de los acuerdos y la sanción para las empresas desleales. Ello se demuestra mediante una valoración caso por caso donde se analice la naturaleza de la información intercambiada en el contexto que definen las características del mercado, tales como los atributos de las empresas, de los productos y de los consumidores.

En general la probabilidad de colusión se puede incrementar cuando la información intercambiada es desagregada e individualizada, de carácter privado y relativa a las intenciones futuras sobre variables de competencia estratégica.

No obstante, no debe olvidarse que el intercambio de información relativa a intenciones futuras sobre variables relevantes de competencia puede dar lugar también a efectos pro-competitivos, particularmente cuando la información no sólo se desvela a otras empresas sino también a los consumidores¹⁸. Esta posible dicotomía justifica la realización de un análisis empírico de los efectos observados.

Por tanto, también será necesario valorar/demostrar que:

3. **No existen efectos pro-competitivos que compensen el potencial restrictivo**. Por ejemplo, el intercambio de información puede solucionar asimetrías de información que daban lugar a ineficiencias, reducir los costes de búsqueda de los consumidores y la incertidumbre que existía en el mercado (en relación con la evolución de la oferta, de la demanda, de los costes de producción, etc.), de forma que las empresas definan mejores estrategias (por ejemplo, planes de inversiones), etcétera.

De hecho, el intercambio de información sobre intenciones futuras de precios puede tener un efecto pro-competitivo muy claro, por ejemplo, cuando una empresa que ofrece sus productos (o pensaba ofrecer sus pro-

¹⁸ En este sentido, se ha sugerido [véase, por ejemplo, BENNETT y COLLINS (2010)] que anuncios públicos por parte de las empresas (es decir proporcionando información tanto a sus rivales como a los consumidores), que involucren incluso información individualizada sobre sus intenciones futuras de precios no necesariamente deberían considerarse infracciones por objeto, en tanto que pueden dar lugar a efectos pro-competitivos que deben ser valorados cuidadosamente.

ductos) a un determinado precio decide reducirlo al enterarse de que los precios de sus rivales son más bajos (o serán más bajos) de lo que ella creía. Es decir, incluso en un caso extremo en que se intercambia información sobre precios a fijar en el futuro, dicho intercambio podría dar lugar a efectos directos beneficiosos sobre la competencia¹⁹.

4. **Existe evidencia empírica que indica que ha habido un efecto restrictivo sobre el mercado**, producto de estas prácticas, y que los consumidores han resultado perjudicados. En este sentido, es necesario realizar un análisis profundo de los datos del mercado y de otra información disponible²⁰.

3. EL EXPEDIENTE S/0404/12 (SERVICIOS COMERCIALES AENA)

En el expediente S/0404/12 (Servicios Comerciales Aena), la CNMC declaró acreditada la existencia de una infracción, consistente en el intercambio de información comercialmente sensible entre empresas de alquiler de coches sin conductor, concesionarias en varios aeropuertos españoles. La conducta en cuestión consistía en la distribución, por parte de AENA, de información sobre el total de facturación y número de contratos suscritos por dichas empresas, con periodicidad mensual y «carácter desagregado», entre los distintos concesionarios en cada aeropuerto.

La Resolución del expediente S/0404/12 del Consejo de la CNMC contiene muy pocos elementos de análisis económico, como los descritos en la sección anterior, o de justificación de sus conclusiones relativas a los efec-

¹⁹ Un ejemplo que resulta muy ilustrativo en este sentido es la investigación de la CNC sobre el asunto del redondeo de las tarifas de móviles, cuya resolución se dictó en el año 2009. En ese caso la autoridad de competencia investigó a Movistar, Vodafone y Orange por una supuesta colusión, facilitada por el anuncio anticipado de las nuevas tarifas. En concreto, Movistar fue la primera en anunciar una nueva tarifa, elevando el establecimiento de llamada a 0,15 €, que fue posteriormente imitado por Vodafone y Orange. No obstante, la CNC concluyó que no se había acreditado la existencia de prácticas prohibidas, haciendo referencia como hecho relevante a que Vodafone y Orange, tras el anuncio de Movistar, habían fijado unas tarifas más bajas de las que tenían previstas antes del anuncio de Movistar. Es decir, el anuncio anticipado llevó a un establecimiento de tarifas más bajas de las que se habrían implementado, dando lugar a un efecto pro-competitivo.

²⁰ Aunque la detección y sanción de prácticas colusorias es una de las principales labores de las autoridades de la competencia, la tarea de demostrar la existencia de un acuerdo (sobre todo implícito) que haya tenido efectos sobre el mercado, basándose en datos y evidencia empírica, tampoco resulta fácil. Existe, no obstante, de manera generalizada, consenso sobre cuáles han de ser los indicadores económicos relevantes que se deben analizar para determinar si un mercado es competitivo o si, por el contrario, hay indicios de acuerdos colusorios entre competidores que hayan afectado a las variables del mercado [al respecto, véanse, por ejemplo, los trabajos de HARRINGTON (2007) y HARRINGTON (2008)]. Entre dichos indicadores se pueden mencionar, por ejemplo: la estabilidad de las cuotas de mercado, el paralelismo y convergencia de precios (siempre y cuando esto no se deba a factores exógenos como el coste de un insumo común o la evolución de la demanda), la frecuencia de entrada y salida del mercado, los *m* y el grado de innovación. Asimismo, cualquier elemento adicional que sugiera un intercambio o trasvase importante de clientes entre competidores puede ser útil para esta valoración. Además, la evidencia anecdótica relativa a políticas comerciales agresivas de las empresas (por ejemplo mediante la aplicación de descuentos y ofertas) sería también prueba de un fuerte nivel de competencia en el mercado.

tos del intercambio de información y su carácter restrictivo de la competencia. Las únicas afirmaciones que se hacen en este sentido se refieren a que:

«los intercambios de información comercialmente sensibles tenían no sólo aptitud para reducir la independencia en la toma de decisiones de las empresas de alquiler de coches imputadas, eliminando la incertidumbre y restringiendo la competencia, sino que su práctica entre empresas de alquiler de coches sin conductor, concesionarias en la práctica totalidad de los aeropuertos nacionales [...] permitió a las entidades imputadas debilitar o suprimir el grado de incertidumbre sobre el funcionamiento competitivo del mercado afectado, dando lugar a un resultado colusorio»,

y que:

«La finalidad de este intercambio de información comercialmente sensible era la de tener conocimiento preciso de las cuotas de mercado de las empresas competidoras de alquiler de coche imputadas y de cómo evolucionaban sus ventas mes a mes, al intercambiarse información desagregada de cada una de ellas, de sus datos de facturación y número de contratos realizados mensualmente, en la práctica totalidad de los aeropuertos nacionales».

Además, se señala que:

«Al margen del tipo y naturaleza de la información intercambiada entre las empresas imputadas, la elevada frecuencia (mensual) de los intercambios y la escasa antigüedad de los datos (a mes vencido) se corrobora el predominio de las empresas de alquiler de coches con mayor cuota en el mercado de alquiler de coches»²¹.

La valoración de la CNMC adolece de varias limitaciones, en particular:

- a) no se lleva a cabo un análisis de los factores del mercado para determinar si se trata de un sector propenso a la colusión;
- b) no se analizan las características específicas del intercambio de información dentro del contexto del mercado en que tiene lugar, pues si bien se hace referencia a algunos de estos factores (tales como la frecuencia del intercambio, el nivel de detalle y la antigüedad de los datos) y a sus posibles efectos generales, no se llega a valorar si éstos pueden efectivamente producirse en dicho mercado; y
- c) a pesar de afirmarse una supuesta existencia de efectos empíricos en el mercado, no se aporta ningún tipo de evidencia al respecto.

Cada una de estas tres limitaciones se describe en las siguientes secciones.

A. EL SECTOR DEL ALQUILER DE COCHES NO ES UN MERCADO PROPENSO A LA COLUSIÓN

Un aspecto importante que la CNMC omite en su valoración es el hecho de que el sector del alquiler de coches no es un mercado propenso a la colusión, pues resultaría sumamente complicado alcanzar un acuerdo implícito

²¹ Pp. 10 y 11 de la Resolución (expte. S/0404/12, Servicios Comerciales Aena).

entre las empresas que diera lugar a un resultado de mercado colusorio que se sostuviera en el tiempo. Esto se debe principalmente a que:

- a) Sería muy difícil fijar unos términos de colusión beneficiosos para todas las empresas, debido a que el mercado es poco transparente en el caso de los segmentos corporativos y de intermediarios, la interacción entre competidores es poco frecuente para estos dos segmentos, y las empresas son numerosas y asimétricas. Asimismo, el grado de diferenciación de los productos es muy elevado, con múltiples dimensiones de competencia en cuanto a calidad, gama de vehículos, capacidad de flota, etc., así como la existencia de un sinnúmero de características y condiciones contractuales que dificultarían la coordinación. Además, el mercado está sujeto a un intenso grado de innovación estratégica²² y no existen vínculos estructurales entre las empresas que las ayuden a alinear sus incentivos.
- b) Si otras empresas o rivales potenciales observasen precios muy elevados, intentarían beneficiarse de ello expandiéndose o entrando en el mercado (debido a las bajas barreras de entrada), erosionando así los beneficios de la coordinación.
- c) No sería posible monitorizar el comportamiento de las empresas y detectar posibles desviaciones de los acuerdos, una condición necesaria para sostener la colusión, debido a la opacidad en algunos segmentos de mercado (en particular, el corporativo y el de particulares a través de intermediarios) y a las múltiples variables que influyen en el precio. Además, la gran variabilidad de la demanda (particularmente en el segmento de particulares, que es estacional) dificultaría los acuerdos sobre los términos de la coordinación y la tarea de detección de empresas desleales.
- d) No se cuenta con un mecanismo creíble de represalia para las empresas que no cumplen los acuerdos ya que, por ejemplo, existen asimetrías de capacidad que dificultarían los castigos, y además la falta de contactos multi-mercado reduciría su efectividad.

B. LA INFORMACIÓN INTERCAMBIADA NO FACILITABA LA COLUSIÓN

La CNMC tampoco explica por qué el intercambio de datos sobre cuotas de mercado (o ingresos o volúmenes de contratos) era apto para reducir la competencia en este mercado. En el sector del alquiler de coches sin conductor, la variable estratégica de referencia no es la cuota de mercado sino el precio²³. De hecho, debido a la importante diferenciación del producto que existe, y la continua variación de precios en el segmento de

²² La innovación en el sector de alquiler de coches sin conductor se refleja principalmente en los procedimientos de contratación y de gestión (por ejemplo, a través de internet), las iniciativas de marketing (como promociones, descuentos y programas de fidelización), el lanzamiento de nuevos productos (como el empaquetamiento de servicios), así como en sus canales de acceso, etcétera.

²³ Es decir, las empresas no deciden cuántos contratos de alquiler ponen a disposición del mercado sino, fundamentalmente, a qué precios ofrecerán el servicio.

particulares, las cuotas de mercado no aportan información suficiente que permita sostener un acuerdo colusorio, al no permitir la detección de posibles desvíos.

Además, la información intercambiada resultaba de poca utilidad, pues sólo se refería a una fracción de los competidores (o de las ventas) en el mercado, como se desprende de la definición de mercado relevante utilizada por la CNMC, que lo considera de alcance nacional²⁴, y dado que gran parte de las empresas operando en los aeropuertos españoles (particularmente en las inmediaciones de éstos) no recibían la información.

Más aún, los datos de cuotas estaban agregados, de forma que era imposible distinguir entre los diferentes segmentos (clientes particulares, corporativos, intermediarios) y diferenciar las variables que influían en el precio de un contrato (por ejemplo, el tipo de cliente, el canal de contratación, el periodo de alquiler, la cobertura del seguro, etc.).

Asimismo, la CNMC no tuvo en cuenta que los precios de los rivales para el segmento de particulares están públicamente disponibles en sus páginas web o a través de buscadores *on-line*. Y como se ha señalado, si bien los términos contractuales en los segmentos corporativo y de intermediarios son más opacos, la información proporcionada por AENA no permitía diferenciar estos segmentos.

Otra de las características de la información que no se analizó adecuadamente fue la relativa a la frecuencia del intercambio. La CNMC consideró que una frecuencia mensual era elevada, a pesar de que en este mercado los precios —al menos para el caso de clientes particulares— se revisan varias veces al día, que la duración media de los contratos es de una semana, y que la interacción competitiva entre las empresas es muy frecuente. Además, en el caso de los clientes corporativos, los términos y condiciones se fijan por periodos de tiempo muy largos (uno o dos años), por lo que un intercambio de información mensual tendría muy poca relevancia.

Igualmente, la CNMC destaca la escasa antigüedad de los datos (a mes vencido), pero sin valorarla en el contexto económico del mercado. Tal como se ha señalado anteriormente, el carácter histórico o actual de los datos depende fundamentalmente de las circunstancias del mercado en cuestión, en particular de la frecuencia con la que se renegocian los precios o la estabilidad de la demanda. En el caso que nos ocupa, específicamente en el segmento de clientes particulares, las variaciones de precios son constantes y la demanda se caracteriza por su estacionalidad, por lo que aun tratándose de información relativamente reciente, su utilidad es muy limitada.

Por último, y al respecto del análisis de la información intercambiada, la CNMC comete dos errores, a nuestro juicio:

²⁴ En España operan cerca de 2.000 empresas de alquiler de coches, de las que únicamente veinte contaban con concesiones en aeropuertos españoles, por lo que la cobertura de la información intercambiada sólo alcanzaba el 1 por 100 aproximadamente. Una cobertura tan baja impide que el intercambio de información genere efectos restrictivos de la competencia.

- a) *Establece una relación errónea entre incertidumbre, independencia en la decisión y restricciones de la competencia*

En particular, la CNMC afirma que los intercambios de información teñían la aptitud para reducir la independencia en la toma de decisiones —al eliminar o reducir la incertidumbre— restringiendo así la competencia y dando, por tanto, lugar a un resultado colusorio.

Desde el punto de vista del análisis económico, la reducción de la incertidumbre no debe ser considerada como restrictiva *per se*, dado que puede dar lugar a importantes efectos pro-competitivos. La existencia de incertidumbre no es una condición necesaria para el funcionamiento competitivo del mercado, sino todo lo contrario, puede generar ineficiencias dificultando la competencia efectiva. De hecho, una de las condiciones básicas para que surja la competencia perfecta es el acceso a información perfecta por parte de todos los agentes del mercado.

En este sentido, la CNMC parece recurrir a una interpretación demasiado formal sobre lo que debería entenderse como «decisiones independientes». Esto no significa que las empresas deban tomar decisiones sin tener en cuenta ningún tipo de información sobre sus rivales. Si éste fuera el caso, una empresa sujeta a una fuerte competencia, por ejemplo, podría decidir (erróneamente) fijar unos precios muy elevados (monopólicos) ya que ni siquiera tomaría en cuenta la información de que existen otros competidores en el mercado que fijan precios competitivos.

En la realidad, es difícil observar un caso de una empresa que tome decisiones completamente independientes (es decir, ignorando a sus rivales). Esta visión se ha reflejado en la jurisprudencia, sobre todo europea, donde se reconoce que si bien es cierto que la normativa de competencia exige autonomía en las decisiones, no excluye el Derecho de los operadores económicos a adaptarse al comportamiento que han comprobado o que prevén que seguirán sus competidores²⁵, para lo cual necesitan contar con información sobre sus rivales²⁶.

De esta forma, si bien las autoridades de competencia suelen oponerse a contactos forzados (artificiales) o intercambios de información entre empresas rivales en la medida que esto pueda ocasionar un cambio en su comportamiento, desde el punto de vista económico esto podría ser contraproducente, ya que disponer de información adicional podría llevar a las

²⁵ Por ejemplo, en el ya conocido caso de *Wood Pulp* el Tribunal de Justicia Europeo afirmó que los productores tenían libertad para tomar decisiones teniendo en cuenta la conducta esperada de sus competidores.

²⁶ Es decir, estrictamente hablando, las autoridades de competencia no sancionarán la colusión tácita que lleva a un resultado colusorio del mercado, en tanto que las empresas no hayan provocado (digamos, de manera artificial) un contacto o un intercambio de información que pudiese haber facilitado esa coordinación. Por ejemplo, también en el caso *Wood Pulp* el Tribunal determinó que el «comportamiento paralelo» únicamente constituiría evidencia de práctica concertada cuando ésta fuera la única explicación plausible de dicha conducta (por ejemplo, porque el mercado no tuviera características que lo hiciesen propenso a la colusión tácita que explicase dicho paralelismo de precios). Desde un punto de vista económico, no obstante, el efecto sobre el mercado puede ser igualmente perjudicial.

empresas a actuar de manera más competitiva. Por ello, antes de asumir una posición demasiado formalista, es fundamental que los reguladores valoren si efectivamente existe riesgo de que se generen efectos anti-competitivos, mediante la aplicación de un análisis económico riguroso, en línea con lo que se ha planteado en este artículo.

De lo contrario, como ha sucedido en el expediente objeto de análisis, se puede terminar sancionando una práctica que pudo haber tenido efectos positivos (o nulos) sobre el mercado, con el simple argumento de que se habría alterado la toma de «decisiones independientes» de las empresas.

b) *No demuestra que el objetivo del intercambio de información fuese anti-competitivo*

Un último aspecto relevante que cabe mencionar sobre la información intercambiada es la intención u objetivo del intercambio. La sentencia del Tribunal de Justicia Europeo en el caso *T-Mobile*²⁷ ha destacado la importancia de los objetivos que persigue un determinado intercambio de información para determinar su posible condición de anti-competitivo, especialmente cuando se trata de una posible sanción por objeto. Asimismo, en los Estados Unidos un elemento importante para concluir que un intercambio de información es ilegal es demostrar que existe «*wrongful intent*»²⁸.

En el caso que nos concierne, la CNMC no demostró que el objetivo del intercambio de información fuese anti-competitivo. De hecho, éste estaba justificado por una cuestión contractual (obligatoria), para garantizar la transparencia referente al pago de cánones y la asignación de plazas para las distintas concesionarias en cada aeropuerto.

C. NO EXISTIERON EFECTOS SOBRE EL MERCADO

Por último, aunque el Consejo de la CNMC afirma en su Resolución que se habrían producido efectos anti-competitivos, dado que dicho intercambio dio lugar supuestamente a un resultado colusorio, esta afirmación no se contrasta con ningún tipo de evidencia empírica.

El análisis de los indicadores económicos relevantes indica un alto nivel de competencia en el mercado. Por ejemplo, la inestabilidad de las cuotas de mercado y la falta de paralelismo en los precios e ingresos medios fue un factor común durante el periodo de intercambio de información, contrario a lo que se esperaría en un mercado coludido. Además, se observa un importante nivel de entrada y salida de competidores y un alto grado de innovación, lo que de nuevo impedía cualquier intento de coordinación efectiva.

²⁷ Case C-8/08, *T-Mobile Netherlands BV and Others v Raad van bestuur van de Nederlands e Mededingings autoriteit*.

²⁸ Al respecto, véase el artículo de ROSCH (2011).

Asimismo, la rentabilidad de la mayoría de las empresas que operaban con concesión en los aeropuertos españoles durante este periodo de tiempo fue muy baja o incluso negativa, lo que también contradice la existencia de un comportamiento coordinado o un resultado colusorio.

4. CONCLUSIONES

La valoración de los intercambios de información como una posible infracción del Derecho de la competencia no puede limitarse a una mera identificación de los factores que caracterizan dicho intercambio, puesto que las conclusiones extraídas serán seguramente incorrectas. Por ello, es necesario que de manera conjunta se realice un análisis del contexto del mercado en que tienen lugar, con el objetivo de valorar si el mercado en cuestión es propenso a la colusión, así como el efecto específico de cada uno de los factores sobre la probabilidad de alcanzar un resultado colusorio. Asimismo, cualquier afirmación sobre la existencia de efectos en el mercado debe estar basada en un análisis empírico riguroso, que demuestre que los distintos indicadores económicos relevantes apuntan a la falta de competencia efectiva.

Debido a la cada vez mayor actividad de vigilancia y detección de los cárteles por parte de los reguladores (por ejemplo, como consecuencia del desarrollo de programas de clemencia o al actual contexto económico particularmente adverso para las empresas), es de esperar que se sigan incoando expedientes en los que una de las conductas relevantes objeto de análisis resulte ser el intercambio de información sensible entre competidores²⁹. Por ello, resulta fundamental que el análisis empleado en la investigación permita distinguir y sancionar únicamente aquellos casos donde se persiga reducir la competencia efectiva en el mercado, o en los que se hayan registrado efectos restrictivos de la competencia, de forma que no se penalice aquellas actuaciones que puedan generar efectos pro-competitivos para consumidores y empresas, o que simplemente no tienen ningún potencial de restringir la competencia.

BIBLIOGRAFÍA Y REFERENCIAS

- BENNETT, M., y COLLINS, P. (2010): «The Law and Economics of Information Sharing: The Good, the Bad and the Ugly», *European Competition Journal*, 6, núm. 2, pp. 311-337.
- CAFFARRA, C., y KÜHN, K.-U. (2006): «The Cost of Simplistic Rules for Assessing Information Exchange: The Italian Jet Fuel Decision», en *The Pros and Cons of Information Sharing*, Swedish Competition Authority, pp. 131-177.

²⁹ Por ejemplo, la OCDE afirma que la tendencia es hacia una cooperación menos clara y explícita. «*This is ever more important in the context of the steadily increasing anti-cartel enforcement activity, as a result of which fully-fledged explicit cartel agreements are giving way to looser and more insidious ways of collusive cooperation among competitors*», OCDE (2010), p. 9.

- COMISIÓN EUROPEA (2011): «Directrices sobre la aplicabilidad del art. 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal», *Diario Oficial de la Unión Europea*, 2011/C 11/01.
- DAVIES, S.; OLCZAK, M., y COLES, H. (2011): «Tacit collusion, firm asymmetries and numbers: Evidence from EC merger cases», *International Journal of Industrial Organization*, 29, Issue 2, pp. 221-231.
- GROUT, P. A., y SONDEREGGER, S. (2005): «Predicting Cartels», *A report prepared for the Office of Fair Trading*, OFT773.
- (2007): «Structural Approaches to Cartel Detection», en C.-D. EHLERMANN e I. ATANASIU (eds.), *European Competition Law Annual 2006: Enforcement of Prohibition of Cartels*, Hart Publishing.
- HARRINGTON, J. E. (2007): «Behavioral Screening and the Detection of Cartels», en C.-D. EHLERMANN e I. ATANASIU (eds.), *European Competition Law Annual 2006: Enforcement of Prohibition of Cartels*, Hart Publishing.
- (2008): «Detecting Cartels», en P. BUCCIROSSI (ed.), *Handbook of Antitrust Economics*, The MIT Press.
- IVALDI, M.; JULLIEN, B.; REY, P.; SEABRIGHT, P., y TIROLE, J. (2003): «The Economics of Tacit Collusion», IDEI Toulouse, Final Report for DG Competition, European Commission.
- OCDE (2010): «Information Exchanges Between Competitors under Competition Law», OECD Policy Roundtables, DAF/COMP(2010)37.
- PADILLA, J. (2010): «The elusive challenge of assessing information sharing among competitors under the competition laws», en *Information Exchanges Between Competitors under Competition Law*, OECD Policy Roundtables, DAF/COMP(2010)37.
- ROSCHE, J. T. (2011): «Antitrust Issues Related to Benchmarking and Other Information Exchanges», Federal Trade Commission.
- SALANT, S. W.; SWITZER, S., y REYNOLDS, R. J. (1983): «Losses from Horizontal Merger: The Effects of an Exogenous Change in Industry Structure on Cournot-Nash Equilibrium», *The Quarterly Journal of Economics*, 98, núm. 2, pp. 185-199.
- TIROLE, J. (1988): *The Theory of Industrial Organization*, MIT Press.

LA APLICACIÓN DEL ART. 22 DEL REGLAMENTO COMUNITARIO DE CONCENTRACIONES. CASOS REALES DE REMISIÓN DE EXPEDIENTES A LA COMISIÓN EUROPEA POR PARTE DE LA AUTORIDAD ESPAÑOLA DE COMPETENCIA

Carla COHÍ ANCHÍA*

Subdirección de Industria y Energía
Dirección de Competencia

Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC)

1. INTRODUCCIÓN

El Reglamento (CE) núm. 139/2004, del Consejo, de 20 de enero, sobre el control de las concentraciones entre empresas (en adelante, Reglamento de concentraciones) define claramente los supuestos en los que una operación de concentración económica entre empresas debe ser analizada por la Comisión Europea.

Concretamente en el art. 1 del Reglamento de concentraciones se estipula el ámbito de aplicación de dicho Reglamento, y se establecen las condiciones que deben cumplir las empresas que van a ser objeto de la operación de concentración económica, para que el control de dicha concentración sea competencia de la Comisión Europea. Estas condiciones se basan en criterios basados en el volumen de negocios realizado por las empresas que van a ser parte de la operación, es decir, las Partes¹.

* Las opiniones expresadas en el presente artículo son personales de la autora, y por tanto, de su exclusiva responsabilidad.

¹ Una concentración tiene dimensión comunitaria cuando el volumen de negocios total a escala mundial realizado por el conjunto de las empresas afectadas supere los 5.000 millones de euros, y el volumen de negocios total a escala comunitaria realizado individualmente por al menos dos de las empresas afectadas por la concentración supere los 250 millones de euros, salvo que cada una de las empresas afectadas realice más de dos tercios de su volumen de negocios total comunitario en un mismo Estado miembro. Sin embargo, a pesar de no cumplir con dichos umbrales, las operaciones de concentración económica también serán analizadas a nivel comunitario, siempre que el volumen de negocios total a escala mundial realizado por el conjunto de las empresas afectadas supere los 2.500 millones de euros; en al menos tres Estados miembros, el volumen de negocios total realizado por el conjunto de las empresas afectadas supere los 100 millones de euros en cada uno de dichos Estados

Conforme al art. 21 del propio Reglamento de concentraciones, si no se cumplen estas premisas, la transacción podrá ser, con carácter general, analizada por la autoridad nacional de competencia (ANC) de cada Estado miembro con arreglo a su normativa nacional. De esta forma, se establece una división de competencias entre Estados miembros y Comisión, que se centra en la no concurrencia de competencias y en el principio de subsidiariedad.

No obstante, a pesar de que una determinada operación de concentración esté en principio sujeta al control de una ANC, al no cumplirse las condiciones para la notificación a nivel comunitario, cabe la posibilidad de que uno o varios Estados miembros soliciten que la operación sea analizada por parte de la Comisión Europea. Esta posibilidad, que es una excepción a la norma general, se contempla en el art. 22 del Reglamento de concentraciones, que regula la remisión de las operaciones por parte de los Estados miembros a la Comisión Europea, previa solicitud expresa y siempre que se cumplan determinadas condiciones.

La justificación de tal posibilidad se encuentra en que una misma operación de concentración podría estar sujeta a la valoración de varias autoridades de competencia si no se superan los umbrales de volumen de negocios establecidos en el Reglamento de concentraciones, lo que se conoce como notificación múltiple.

Esta situación puede llevar a evaluaciones contradictorias entre las autoridades competentes de los diferentes Estados miembros, lo que puede incrementar la inseguridad jurídica, además de multiplicar costes y esfuerzos para las empresas, al afrontar varios procedimientos de notificación para una misma operación. De ahí que la posibilidad de remisión de una operación a la Comisión Europea para su análisis, tenga en cuenta, tanto los intereses de los Estados miembros en materia de competencia, como los de las empresas que puedan ser partícipes, que pueden contar así con una mayor seguridad jurídica y con las ventajas de la aplicación del principio de ventanilla única o «*one stop shop*».

En efecto, para las Partes de un caso, la remisión de un asunto a la Comisión Europea puede suponer el afrontar menos costes y trámites burocráticos que si la operación se tuviera que analizar en varios Estados miembros, y evitar que una misma transacción pueda ser autorizada por una ANC y no autorizada en otro, lo que podría poner en riesgo la operación en general, además de provocar inseguridad jurídica.

Ahora bien, como se apuntaba anteriormente, las remisiones están sujetas a ciertas condiciones.

miembros; en al menos tres Estados miembros contemplados a los efectos anteriores, el volumen de negocios total realizado individualmente por, al menos, dos de las empresas afectadas supere los 25 millones de euros en cada uno de dichos Estados miembros, y el volumen de negocios total a escala comunitaria realizado individualmente por, al menos, dos de las empresas afectadas supere los 100 millones de euros, salvo que cada una de las empresas afectadas realice más de dos tercios de su volumen de negocios total en la Comunidad en un mismo Estado miembro.

En su primer apartado, el art. 22 del Reglamento de concentraciones ya establece las premisas sustantivas que se deben cumplir para que la operación sea susceptible de ser remitida a las Comisión Europea. En primer lugar, la transacción debe afectar al comercio entre Estados miembros, y en segundo lugar, debe amenazar con afectar de forma significativa a la competencia en el territorio del Estado miembro o de los Estados miembros que presentan la solicitud. Adicionalmente, el art. 22.1 también establece como condición formal que el periodo máximo del que disponen los Estados miembros para la realización de la solicitud de remisión es de quince días laborables a partir de la fecha de notificación de la operación, y en aquellos casos en los que no se exija notificación, a partir de la fecha de su comunicación al Estado miembro.

Una vez cumplidas dichas condiciones, si el Estado o los Estados miembros realizan la solicitud de remisión de la operación a la Comisión Europea, deben suspender el cómputo del plazo de procedimiento del expediente (si lo hubiera)².

La Comunicación de la Comisión sobre la remisión de asuntos de concentraciones de 2005³ (en adelante la Comunicación), ofrece orientaciones sobre la aplicación práctica del art. 22 y analiza, aplicado al asunto de las remisiones, tanto los principios rectores que rigen el Reglamento de Concentraciones (subsidiariedad, ventanilla única y seguridad jurídica), como los requisitos legales y formales que deben satisfacer las solicitudes, facilitando una suerte de guía a tener en cuenta, para valorar si un determinado caso cumple o no con las condiciones exigidas para ser remitido a la autoridad comunitaria.

Sin embargo, cabe recordar que el mecanismo de remisión contemplado en el Reglamento de Concentraciones es un instrumento de uso excepcional, y que la norma general establece cuáles son las autoridades competentes para el estudio de cada caso en función del volumen de negocios de las partes, es decir, en base a parámetros objetivos, con el fin de preservar la seguridad jurídica para las empresas.

Esta excepcionalidad se observa por ejemplo en el mínimo número de casos que han sido remitidos en base al art. 22 por la extinta Comisión Nacional de la Competencia, y por la actual Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en relación con el elevado número de expedientes de concentración analizados en los últimos años.

Entre algunos de los casos más recientes de remisión por parte de la ANC española a la Comisión Europea, se encuentran el caso con número de expediente nacional C/0174/09 *Syngenta/Negocio de Semillas de Gira-*

² Art. 22.2 del Reglamento comunitario de concentraciones: «[...] El cómputo de todos los plazos nacionales relativos a la concentración quedará suspendido hasta que, de conformidad con el procedimiento establecido en el presente artículo, se haya decidido la jurisdicción que estudiará la concentración. En cuanto un Estado miembro haya informado a la Comisión y a las empresas de que se trate de que no desea sumarse a la solicitud, terminará la suspensión de sus plazos nacionales».

³ 2005/C 56/02.

sol de Monsanto, que dio lugar al expediente comunitario M.5675 *Syngenta/Monsanto, Sunflower Seed Business*, el caso C/0254/10 *SCJ/Sara Lee —insecticidas—* (M. 5969 *Sara Lee*), y el caso C/0524/13 *Cemex España/Holcim* (M.7054 *Cemex/Holcim Assets*). Estos casos son un ejemplo de la aplicación de los criterios y de las condiciones que se deben reunir para que un Estado miembro realice una solicitud de remisión en base al art. 22 del Reglamento de concentraciones. En todos ellos, las solicitudes efectuadas fueron aceptadas por la Comisión Europea, que es la que pasó a analizar las transacciones.

A través de estos casos, se pretende ilustrar la valoración de los requisitos previstos para la remisión de asuntos, y en los que la ANC española concluyó que la Comisión Europea era la autoridad mejor posicionada para analizarlos. No se trata por tanto de entrar en los detalles y pormenores de las operaciones en sí, sino en los aspectos que se tuvieron en cuenta para determinar que era la Comisión, y no la ANC española, la que debía examinar el caso.

2. CASOS REALES DE APLICACIÓN DEL ART. 22 DEL REGLAMENTO COMUNITARIO DE CONCENTRACIONES POR PARTE DE LA AUTORIDAD ESPAÑOLA DE COMPETENCIA

Caso *SCJ/Sara Lee-Insecticidas*

Con fecha 7 de julio de 2010 SC Johnson Inc (SCJ) notificó a la ANC española la operación de concentración consistente en la adquisición por parte de la sociedad SCJ del área de negocio de la sociedad Sara Lee Corporation (Sara Lee) dedicada a la fabricación, comercialización y distribución de productos para el control de insectos en el hogar. Dicha notificación dio lugar al expediente nacional C/0254/10.

En un principio la operación no reunía las condiciones para ser evaluada en aplicación del Reglamento de concentraciones de la UE, ya que no alcanzaba el umbral de volumen de negocios requerido para ser analizado por parte de la Comisión, por lo que fue notificada en dos Estados miembros, en este caso, además de en España, en Portugal.

Dentro del plazo establecido de quince días laborables a partir de la notificación de la concentración y, por tanto, en cumplimiento de la condición formal establecida en el apartado 1 del art. 22 del Reglamento de concentraciones, la extinta Comisión Nacional de la Competencia (CNC) solicitó la remisión del expediente a la Comisión Europea⁴.

La Comisión Europea informó de la solicitud de España al resto de autoridades europeas competentes con fecha 3 de agosto de 2010⁵, que a

⁴ La solicitud de remisión se produjo con fecha 28 de julio de 2010.

⁵ En cumplimiento con lo previsto en el art. 22, apartado 2 del Reglamento de concentraciones.

partir de la recepción de la solicitud, disponían de quince días laborables para sumarse a la solicitud española.

Finalmente se sumaron a la solicitud española cinco Estados miembros: Francia, Bélgica, Italia, República Checa y Grecia. Portugal decidió no unirse a la solicitud, lo que suponía que Portugal seguía siendo la autoridad competente para analizar la parte de la operación que afectaba al mercado portugués.

La notificante de la operación de concentración SCJ manifestó mediante carta su oposición a la remisión del expediente puesto que en su opinión no se cumplían las condiciones necesarias, ya que consideraba que la operación no afectaba al comercio entre Estados miembros, y que la Comisión no era la autoridad más adecuada para realizar el análisis. Además alegaba que con dicha remisión se produciría inseguridad jurídica. Sin embargo, a pesar de ello, el 7 de septiembre de 2010, la Comisión Europea notificó a todos los Estados miembros, en ejercicio de su facultad discrecional para examinar la concentración, la aceptación de la solicitud de remisión realizada por parte de España, en base al hecho de que la transacción podía afectar al comercio entre Estados miembros y amenazaba con afectar de forma significativa a la competencia en el territorio español.

En efecto, en base a la información de la que se disponía, la extinta CNC consideró que la operación podía afectar al comercio entre los Estados miembros, en el sentido de que la operación podía tener una influencia perceptible sobre las corrientes comerciales entre los Estados miembros⁶.

Las Directrices relativas al concepto de comercio entre los Estados miembros, contenido en los arts. 81 y 82 del Tratado⁷, indican que el concepto de comercio entre los Estados miembros no se limita a los tradicionales intercambios comerciales transfronterizos, sino a toda actividad económica, lo que supone, por tanto, que la variación en la estructura de la competencia en la Comunidad Europea, por ejemplo, a través de la eliminación o amenaza de eliminación de un competidor, que afecta a la actividad económica de la empresa, entre en dicho concepto. Además, se indica a su vez la posibilidad de que dicho impacto en la actividad económica transfronteriza repercuta por lo menos en dos Estados miembros, con independencia de cómo esté definido el mercado geográfico de referencia, es decir, aunque el mercado relevante a considerar a efectos de la concentración en este caso pueda ser nacional o incluso subnacional.

En el caso que se analiza, los mercados afectados por la operación eran los mercados de insecticidas para uso doméstico, que, a su vez, se podían dividir por segmentos de productos: insecticidas contra insectos rastreros, contra insectos voladores, productos antipolilla y repelentes, todos ellos de dimensión geográfica nacional, en línea con precedentes tanto nacionales

⁶ Apartado 43 de la Comunicación sobre la remisión.

⁷ DO C 101, de 27 de abril de 2004, puntos 19 a 43.

de la propia autoridad española de competencia⁸, como de otras autoridades de competencia europeas⁹. Por tanto, el mercado geográfico no era supranacional, pero en concordancia con las directrices mencionadas ello no era un obstáculo para que se cumpliera el primer requisito legal.

En efecto, la operación fusionaba a dos de los principales proveedores de productos insecticidas para el hogar de Europa, con marcas que se utilizaban en varios Estados miembros como «*Raid*», utilizada en España, Eslovenia, Eslovaquia, Portugal, Polonia, Grecia, Alemania, etc., entre otras marcas¹⁰. Estas empresas proveedoras además, competían estrechamente entre sí, y tenían una gran presencia en los mercados de insecticidas para insectos voladores, insectos rastreros y antipolillas, desarrollando actividades que se solapan en España, Francia, Bélgica, Grecia y la República Checa. Se tuvo en cuenta, además, que la comercialización de insecticidas no se tiene por qué producir necesariamente en el mismo país en el que se fabrican.

En este caso, por tanto, se estaba produciendo la eliminación de un competidor importante, con todas las posibles consecuencias que se podían derivar de ello, en cuanto a un posible aumento de precios o la reducción de las posibilidades de elección para los clientes. En consecuencia, teniendo en cuenta las características y la presencia de las Partes en Europa, se concluyó que la transacción tenía capacidad para afectar al comercio entre los Estados miembros al poder influir de forma directa o indirecta, real o potencial, en las corrientes comerciales entre Estados miembros¹¹.

Por otra parte, la extinta CNC, tras un análisis preliminar de la operación, demostró que se cumplía también el segundo requisito legal para la solicitud de remisión del expediente, es decir, que la transacción podía amenazar con afectar de forma significativa a la competencia en el territorio español.

En efecto, las cuotas de mercado conjuntas de las Partes en España eran elevadas, tanto en el mercado general de insecticidas, alcanzando cuotas del 30-40 por 100, a gran distancia del resto de competidores, como en cada uno de los submercados definidos por tipo de insecticida, alcanzando cuotas de mercado de hasta 40-50 por 100 en algunos de ellos (con adiciones de cuota del 10-20 por 100).

Por último, España solicitó la remisión del expediente a la Comisión Europea, al considerar que era la autoridad más indicada para evaluar la concentración, teniendo en cuenta la posible existencia de efectos negativos sobre la competencia en una serie de mercados nacionales situados en Francia, Bélgica, Italia, Grecia, España y República Checa. De hecho todos

⁸ N-301 S. C. *Johnson /Bayer*.

⁹ Decisión del ministro francés de Economía de 11 de marzo de 2003 y Decisión de la Autoridad portuguesa de 21 de enero de 2003 (asunto 56/2002, *Johnson/Negócio Flora da Bayer*).

¹⁰ Baygon, Catch, Vapona, Pyrel, Cruz Verde, Cucal y Bloom.

¹¹ Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los arts. 81 y 82 del Tratado (apdo. 2.3).

estos países solicitaron la remisión del caso a la Comisión, lo que suponía aceptar que los posibles efectos de la operación podían tratarse mejor a escala comunitaria, teniendo en cuenta que un trato coherente de la operación era necesario y deseable, tanto en lo referente a las posibles medidas correctivas o soluciones que pudieran imponerse para paliar los posibles efectos anticompetitivos que podían derivarse de la operación, como también en relación con los esfuerzos de investigación que había que llevar a cabo para valorar la operación.

Por tanto, las condiciones formales y legales de la solicitud de remisión de la operación se cumplían plenamente, y la Comisión Europea, ejerciendo su facultad discrecional de aceptar la operación para su valoración, aceptó la solicitud e inició la evaluación de la transacción.

El expediente finalizó con el desistimiento de las partes de llevar a cabo la operación de concentración¹².

Caso *Cemex-Holcim*

Otro caso reciente en el que la autoridad de competencia española ha solicitado la remisión de un expediente de concentración a la Comisión Europea, es el caso con número de expediente nacional C/0524/13 *Cemex España/Holcim* y que pasó a ser analizado bajo el número de expediente M.7054 *Cemex/Holcim Asset* al ser analizado por la autoridad europea.

En este caso, la operación, que se notificó a la extinta CNC con fecha 2 de septiembre de 2013, consistía en la adquisición por parte de Cemex España, S. A. (Cemex), del control exclusivo sobre la totalidad de los activos que componen el negocio del Grupo Holcim (Holcim) en España a excepción de Holcim Trading, S. A., y que estaba presente en la producción y comercialización de cemento, hormigón, áridos, mortero y productos relacionados. En la operación también se establecía que el Grupo Holcim y sus accionistas minoritarios obtendrían una participación del 25 por 100 sobre Cemex España Operaciones, S. L. U.

Ésta era una operación que a su vez estaba interrelacionada y condicionada a otras dos operaciones, todas ellas recogidas en un Memorando de entendimiento (MDE), que se llevarían a cabo de forma paralela. Según el MDE, Cemex adquiriría control sobre los activos y sociedades que integraban el negocio del Grupo Holcim en República Checa, y Grupo Holcim adquiriría a su vez determinados activos de producción de Cemex principalmente en Alemania y, de forma marginal, en Francia y en los Países Bajos.

A pesar de que estas tres operaciones estaban interrelacionadas y condicionadas entre sí, las empresas que adquirirían el control en cada caso, eran diferentes: por un lado Cemex en España y República Checa, y por

¹² En el curso del análisis de la operación, que llegó a un análisis en profundidad (II fase), SCJ presentó compromisos que la Comisión Europea consideró insuficientes con respecto a las consecuencias que podía tener la operación propuesta.

otro Holcim en Alemania. Este hecho hacía que las operaciones tuvieran que tratarse de forma separada¹³, de forma que, al no cumplir los umbrales comunitarios, la adquisición de los activos de Holcim en España y en la República Checa, se debían notificar respectivamente en estos países. Análogamente, la transacción que concernía a la adquisición por parte del Grupo Holcim de parte del negocio de Cemex en Alemania tenía que ser notificada a la Comisión Europea, ya que, en este caso, sí se cumplían los umbrales comunitarios¹⁴.

Tras un análisis preliminar de la operación, España solicitó la remisión de la operación a la Comisión Europea con fecha 11 de septiembre de 2013¹⁵, y la Comisión, a su vez, informó al resto de los Estados miembros con fecha 13 de septiembre. El primer requisito formal, esto es, el plazo de solicitud de remisión de un expediente de quince días laborables desde la notificación de la concentración, se cumplía.

En este caso, ningún otro país se sumó a la solicitud española de remisión de la operación a la Comisión Europea. Al no sumarse a la solicitud, República Checa mantuvo la competencia para analizar la operación que afectaba a su mercado.

Aun así, a la vista de los argumentos esgrimidos por la extinta CNC en su solicitud, con fecha 18 de octubre de 2013 la Comisión Europea notificaba la aceptación de la remisión del expediente y, por tanto, asumía la evaluación de la transacción.

La solicitud de remisión por parte de la autoridad española, en cumplimiento de los requisitos legales exigidos en el art. 22.1, se justificaba por varias razones.

En primer lugar, la operación podía tener una influencia perceptible sobre las corrientes comerciales entre Estados miembros, es decir, podía afectar al comercio intracomunitario, independientemente de que los mercados relevantes afectados no fueran supranacionales.

En el caso de esta operación, los mercados de producto relevantes en línea con los precedentes nacionales y comunitarios¹⁶ eran los mercados de producción y comercialización de cemento gris, áridos, hormigón prepara-

¹³ De conformidad con lo establecido en la Comunicación consolidada de la Comisión sobre cuestiones jurisdiccionales en materia de competencia, en aplicación del Reglamento (CE) núm. 139/2004 del Consejo, sobre el control de las concentraciones entre empresas, los casos en los que existen varias operaciones relacionadas (e incluso, como en este caso, condicionadas entre sí) sólo pueden tratarse como una única operación cuando, en última instancia, el adquirente de control sea la misma empresa. En los casos en los que dos o más empresas adquieren recíprocamente activos o negocios entre sí, existen adquisiciones de control por parte de diferentes empresas y, por tanto, deben tratarse de forma separada.

¹⁴ Asunto M.7009 *Holcim/Cemex West*.

¹⁵ Recibida en la Comisión Europea con fecha 12 de septiembre de 2013.

¹⁶ Nacionales: entre otros del extinto TDC: C09/92 *Cemex/Sanson*; del extinto SDC: N-05101 *Lafarge Asland/Readymix Asland*; N-05106 *Cementos Portland Lemona*; N-06057 *Portland/Uniland*; N-06092 *Corporación Noroeste/Sani* y los más recientes de la CNC C-0517-13 *Cementos Molins/Cemex Activos*, C/0025/07 *Eiffage/Los Serrano*, C/0042/08 *Lafarge/Obmh*, C-0052/08 *Lafarge/Grupo GLA.*, y C-0168/09 *Tudela Veguín/Cementos Galegos*. Comunitarios: entre otros M.3572 *Cemex/*

do y mortero industrial seco, y el mercado geográfico de los mismos era de dimensión nacional, infranacional e incluso local, establecidos a través de radios calculados a partir de las plantas de producción. Además del hecho de que las dimensiones geográficas de los mercados, de carácter inferior al supranacional, no hubieran sido un impedimento para dar cumplimiento al primer requisito legal, en línea con las Directrices relativas al concepto de comercio entre los Estados miembros, contenido en los arts. 81 y 82 del Tratado, la notificante señalaba que la operación permitiría aumentar su capacidad de exportación, existiendo ya de hecho, exportaciones de cemento gris a otros Estados miembros.

En segundo lugar, la extinta CNC demostró que la operación de concentración podía amenazar con afectar de forma significativa a la competencia en el territorio español, en los mercados de producción y comercialización de cemento gris y hormigón. En estos mercados, Cemex vería reforzada su posición alcanzando cuotas de mercado de 40-50 por 100 en algunos de los mercados definidos, e incluso alcanzando posición de liderazgo en la mayoría de mercados de cemento gris, áridos, y hormigón preparado. En algunos mercados relevantes, Cemex se encontraría situada a gran distancia de sus competidores y, en otros, en una posición simétrica.

Adicionalmente, el hecho de que Holcim todavía con actividad en España a través de Holcim Trading, S. A., mantuviera una participación del 25 por 100 en el capital social de Cemex España Operaciones, S. L. U., podía implicar, según la autoridad de competencia española, que un potencial competidor creíble tuviera una participación aunque fuera minoritaria en un competidor, lo que podría facilitar el intercambio de información comercial sensible y la posible coordinación de conductas¹⁷.

Por último, en su solicitud, la autoridad española de competencia apuntaba a que la autoridad mejor posicionada para analizar la operación era la Comisión Europea, dada la propia naturaleza de la operación, con operaciones interrelacionadas y condicionadas entre sí, que afectaban a más de un Estado miembro, y con posibles efectos transfronterizos.

De hecho, la operación suponía la retirada del mercado español (y checo) de un competidor, en este caso Holcim, y la retirada de Cemex de una parte de Alemania y marginalmente, de algunos otros Estados miembros. Por otro lado, esta última parte de la operación, la parte alemana, ya estaba siendo analizada por la propia Comisión. La retirada de uno u otro Estado miembro o de una parte del mismo, de uno u otro competidor, podía afectar efectivamente al comercio intracomunitario, a través de un posible reparto de mercado por zonas geográficas.

RMC; M.2317 *Lafarge/Blue Circle*; M.1779 *Anglo American/Tarmac*; M.1460 *Lafarge/Titan* y M.1030 *Lafarge/Redland*.

¹⁷ De hecho, la posibilidad de que la Comisión tenga jurisdicción para revisar la adquisición de participaciones minoritarias que no otorgan el control, es una de las propuestas en el Libro Blanco «Hacia un control más eficaz de las concentraciones de empresas en la UE», para la reforma del Reglamento de concentraciones de la UE.

La posición de la Comisión, que podía adquirir una visión de conjunto de la operación de carácter supranacional, era, por tanto, la más apropiada en opinión de la extinta CNC, puesto que podía realizar un análisis coherente de las distintas operaciones, la operación alemana y la española. Además, también era la mejor posicionada para llevar a cabo tanto los esfuerzos en términos de investigación, como en el caso de que se produjeran, para aplicar posibles soluciones a los efectos que pudieran derivarse de la transacción.

La Comisión Europea, como se indicó anteriormente, finalmente asumió el análisis de la operación española. Tanto la operación alemana como la española fueron objeto de un profundo examen en segunda fase, y finalmente ambas fueron aprobadas sin compromisos, la operación española en septiembre de 2014.

Caso *Syngenta/Monsanto*

Si en los dos casos anteriores, el requisito formal de cumplimiento del plazo de notificación de la remisión se cumplía automáticamente, en el caso C/0174/09 *Syngenta/Negocio de Semillas de Girasol de Monsanto*, que finalmente dio lugar al expediente comunitario M.5675 *Syngenta/Monsanto, Sunflower Seed Business*, caso algo más antiguo que los dos anteriores, el requisito formal fue objeto de valoración por parte de la Comisión.

El 19 de agosto de 2009 tuvo entrada en la extinta CNC notificación de la concentración consistente en la adquisición por parte de Syngenta Crop Protection AG (Syngenta) de los activos relacionados con el negocio de las semillas de girasol de Monsanto Company (Monsanto). Esta concentración fue también objeto de notificación en otro Estado miembro, Hungría, al no superar los umbrales para que fuera considerada una operación notificable en la Comisión.

La extinta CNC, tras la notificación, suspendió el cómputo de plazo del procedimiento en dos ocasiones, con el fin de realizar requerimientos de información a las Partes para evaluar si la operación debía ser remitida a la Comisión en base al art. 22.

Finalmente, la autoridad española de competencia solicitó la remisión del asunto con fecha 1 de octubre de 2009. La ANC de Hungría, el otro país en el que se había notificado la operación, también solicitó la remisión del expediente a la Comisión Europea, y ambas ANC se sumaron respectivamente a la remisión realizada por el otro Estado miembro sin perjuicio de su propia solicitud.

La Comisión Europea, valoró si la solicitud española cumplía el requisito formal de en cuanto al plazo de quince días laborables desde la notificación de la concentración al Estado miembro para realizar la solicitud de remisión. Finalmente, la Comisión concluyó que la suspensión del plazo legal según la legislación nacional española con el fin de obtener la

información necesaria para valorar la remisión, se debía considerar también como suspensión del plazo legal para la solicitud la remisión por lo que, finalmente, teniendo en cuenta los días en los que el plazo había sido suspendido¹⁸, consideró que la solicitud había tenido lugar el decimotercer día dentro del plazo legal, y por tanto, que daba cumplimiento al requisito formal.

En cuanto a los requisitos legales, se debía valorar si la operación cumplía con la condición de afectar el comercio entre los Estados miembros. Ya la propia extinta CNC consideraba que los distribuidores de semillas se abastecían en los mercados internacionales, que los costes de transporte eran reducidos, y que no existían obstáculos regulatorios dentro del Espacio Económico Europeo (EEE), de hecho, los intercambios comerciales en este área eran frecuentes. Además señalaba también que las actividades de I+D no se producían necesariamente en el país de comercialización de las semillas. La extinta CNC indicaba que, a pesar de que en algunos precedentes nacionales se había considerado que el mercado geográfico de semillas era el nacional, en otras decisiones comunitarias se había apuntado a un ámbito geográfico más amplio¹⁹, por lo que finalmente la Comisión Europea concluyó que la operación podía afectar al comercio intracomunitario en el sentido del art. 22 del Reglamento de concentraciones.

En cuanto al otro requisito legal, esto es, que la operación amenazara con afectar la competencia del o de los Estados miembros solicitantes, la extinta CNC identificó varios mercados de producto relevante en los que ambas Partes estaban presentes: el mercado de producción y venta de semillas de girasol y el de la multiplicación de semillas, mientras que en otro mercado verticalmente relacionado, el mercado de fungicidas e insecticidas para el tratamiento de las semillas de girasol, únicamente estaba presente Syngenta.

La extinta CNC señalaba que, como resultado de la operación, las cuotas de mercado en los mercados en los que ambas Partes estaban presentes, eran muy significativas. En el mercado de producción y venta de semillas de girasol se alcanzaban cuotas de mercado de 50-60 por 100 en la UE y de 40-50 y 50-60 por 100 en varios países europeos²⁰, y en el de multiplicación de semillas en España, la cuota alcanzaba el 40-50 por 100, por tanto, existían solapamientos horizontales importantes entre las Partes. A ello había que añadir que Syngenta tenía una posición muy importante en el mercado verticalmente relacionado de fungicidas e insecticidas para semillas de girasol, alcanzando cuotas del 90-100 por 100 en algunos países europeos²¹, entre ellos los dos países que solicitaron la remisión, España y Hungría.

¹⁸ El cómputo del plazo establecido en la legislación española para el examen de la operación se suspendió en dos ocasiones, del 31 de agosto al 11 de septiembre y del 18 de septiembre al 30 de septiembre de 2014.

¹⁹ M.1420 *BASF/Svalöf Weibul*, M.3506 *Fox Paine/Advanta*.

²⁰ Francia, España, Austria, la República Checa, Eslovaquia, Hungría y Alemania.

²¹ Rumanía, Francia, España, Bulgaria, la República Checa, Eslovaquia, Hungría e Italia.

Por todo ello, la Comisión señaló que el segundo requisito legal también se cumplía.

A la vista de los argumentos anteriores, la Comisión concluyó que, dado que el ámbito geográfico podía ser el de la EEE, y que podrían existir efectos negativos sobre la competencia derivados de la transacción no sólo en España, sino también en otros Estados miembros y, por tanto, podrían darse efectos anticompetitivos a nivel supranacional, el asunto sería tratado de forma más eficiente si ella misma llevaba a cabo el análisis de la operación. De esta forma, se podría recabar información en todo el territorio de la EEE de una forma más sencilla, y aplicar de forma uniforme los compromisos o soluciones que en su caso se tuvieran que imponer, por lo que aceptó la solicitud española el 12 de noviembre de 2009. De hecho, finalmente la operación fue aprobada por parte de la Comisión Europea, con aplicación de compromisos, en noviembre de 2010.

3. REFLEXIONES FINALES Y REVISIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE REMISIONES EN APLICACIÓN DEL ART. 22

Como se ha visto, en los casos anteriores, se cumplían las condiciones para que la aplicación del art. 22 del Reglamento comunitario de concentraciones fuera posible, y se demostraba cómo la Comisión Europea era la autoridad mejor posicionada para llevar a cabo el análisis de las operaciones.

A través de este mecanismo de remisión, en casos como los anteriores, se trataba de evitar contradicciones entre autoridades de competencia, lo que en última instancia genera inseguridad jurídica, y de incrementar la eficiencia administrativa derivada en parte del principio de «ventanilla única», al evitarse duplicidades y costes adicionales, facilitando la mencionada coherencia en el tratamiento de los asuntos.

Se daba cumplimiento así, a los tres principios rectores que deben regir la solicitud de remisión, esto es, autoridad mejor posicionada, ventanilla única y seguridad jurídica.

En todos estos asuntos hubiera sido deseable además, evitar la fragmentación de los casos objeto de análisis, es decir, el análisis de una parte de la operación por parte de la Comisión, y de otra parte de la operación por parte de algún o varios Estados miembros, puesto que la fragmentación de los casos puede socavar de alguna manera la efectividad de los mencionados principios rectores.

Como se ha apuntado en los casos anteriores, el análisis por parte de la Comisión de toda la operación en su conjunto no fue posible ya que, en el asunto *SCJ/Sara Lee*, Portugal acabó analizando su parte de la operación y en el caso *Cemex-Holcim*, la República Checa analizó la tercera pata de la operación prevista en el MDE al no sumarse a la solicitud de remisión realizada por España. En el caso *Syngenta/Monsanto*, Francia no se adhirió

tampoco a la solicitud de reenvío efectuada por España y Hungría, y la Comisión no pudo analizar el mercado de distribución francés.

De hecho, el asunto de las remisiones de los Estados miembros a la Comisión Europea está siendo objeto actualmente de revisión.

La Comisión Europea abrió un periodo de consultas en julio de 2014 con el fin a de recabar opiniones sobre las posibles mejoras que pueden ser introducidas en el Reglamento de concentraciones de la UE contenidas en el Libro Blanco «Hacia un control más eficaz de las concentraciones de empresas en la UE». Entre las propuestas de la Comisión se encuentra la de la mejora en el sistema de remisiones de casos a la CE en base al art. 22, con el fin de que las remisiones sean más eficientes. Se trata de lograr un procedimiento más ágil, evitando investigaciones paralelas, aplicando mejor el principio de ventanilla única, y fomentando la cooperación entre los Estados miembros.

La propuesta de la Comisión apunta en la dirección de que si la Comisión decidiera aceptar una solicitud de remisión, tendría automáticamente jurisdicción para el conjunto del EEE, a menos que un Estado miembro se opusiera a ello, en cuyo caso la Comisión renunciaría a la jurisdicción para el conjunto del EEE, y cada Estado miembro conservaría la suya.

Para hacer este sistema más operativo, propone además una coordinación más estrecha entre ANC que, en el momento de tener conocimiento de un posible caso susceptible de remisión, deberían informar al resto de autoridades, lo que permitiría a su vez el conocimiento de la operación, no sólo por parte de los Estados miembros afectados, sino también por parte del resto de Estados.

Tanto el intercambio de información entre ANC, como la posibilidad de que la Comisión Europea pueda tener la potestad de analizar todas las operaciones en relación con un asunto si se cumplen las condiciones exigidas, podrían mejorar la aplicación del art. 22 del Reglamento comunitario de concentraciones, tanto en términos de procedimiento como en términos de eficiencia y de seguridad jurídica, y proporcionarían una mejor comprensión de las reglas del juego por parte de todos los agentes implicados. En definitiva, se estaría también facilitando la aplicación de los principios rectores que se deben tener en consideración al evaluar la remisión de un expediente.

Es cierto que la aplicación equilibrada y efectiva de los tres principios rectores, autoridad más apropiada, ventanilla única y seguridad jurídica, es ciertamente complicada en determinados casos. Sin embargo, y precisamente con el fin de preservar el principio rector de seguridad jurídica, no cabe olvidar que la remisión de casos por parte de los Estados miembros a la Comisión Europea en base al art. 22 no deja de ser una excepción a la norma general, establecida en art. 1 del Reglamento comunitario de concentraciones, donde se establece la jurisdicción en la aplicación de la normativa de competencia en base a criterios objetivos.

ANÁLISIS DE ESTRANGULAMIENTO DE MÁRGENES CUANDO EXISTEN OBLIGACIONES DE SERVICIO PÚBLICO*

José María RODRÍGUEZ**

Iryna SIKORA***

1. INTRODUCCIÓN

El estrangulamiento o pinzamiento de márgenes es un comportamiento estratégico por parte de una empresa verticalmente integrada (VI) y dominante en un mercado mayorista que tiene como objetivo distorsionar la competencia. Cuando la empresa VI suministra un insumo a otras empresas sin el cual la competencia en el mercado aguas abajo no es factible, se hace posible la manipulación del precio minorista y/o mayorista con el objetivo de conseguir la expulsión o debilitamiento de los competidores en los mercados minoristas asociados (o de evitar la competencia futura en el *input* mayorista). Así, la empresa VI puede subir el precio mayorista (y/o bajar su precio minorista) de tal manera que los competidores no pueden igualar dichos precios y ser rentables al mismo tiempo. Los estrechamientos de márgenes pueden tener una gran incidencia en industrias de redes tales como telecomunicaciones, postal, agua, transporte, o televisión de pago, entre otras¹.

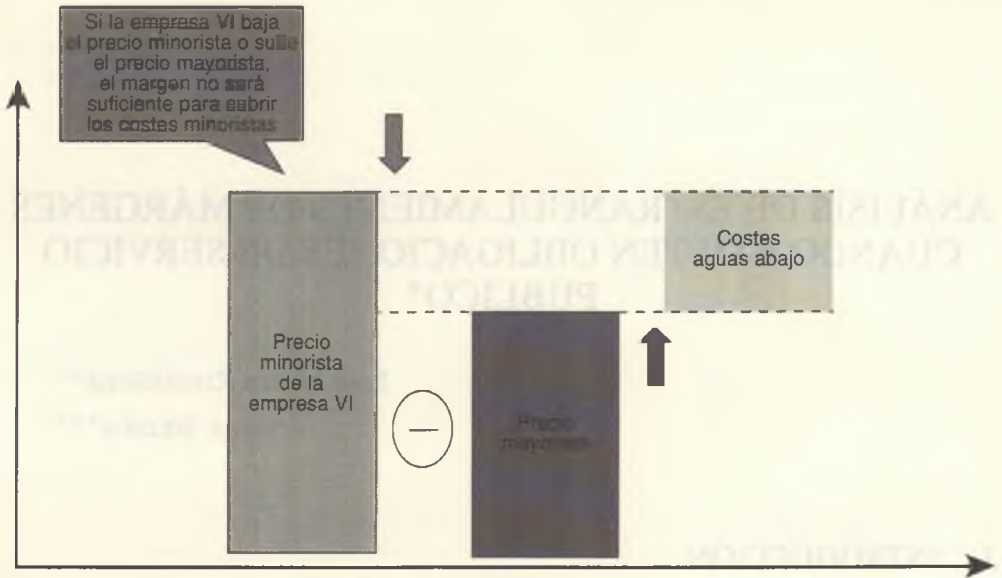
La Figura 1 muestra el pinzamiento de márgenes gráficamente. La empresa VI posee el insumo esencial y manipulando el precio mayorista y el precio minorista hace que los rivales no puedan poner precios al mismo nivel sin incurrir en pérdidas. Es decir, el incumbente fija el precio del insumo para los competidores y el precio para el consumidor final de tal manera que el coste total del entrante es superior al precio final del incumbente. Forzado a cubrir sus costes, el entrante estará obligado a fijar el precio minorista más alto que el precio final del incumbente.

* Las opiniones expresadas en este artículo proceden únicamente de los autores y no representan la posición de Frontier Economics Ltd.

** Director Asociado en Frontier Economics Ltd. en España (jose.maria.rodriguez@frontier-economics.com).

*** Analista en Frontier Economics Ltd. España (iryna.sikora@frontier-economics.com).

¹ OECD, Directorate for financial and enterprise affairs, Competition committee, «Margin Squeeze», DAF/COMP (2009) 36.

Figura 1. Pinzamiento de márgenes

Con el fin de proteger a los competidores frente a esta conducta anti-competitiva, las autoridades de competencia utilizan un test de estrangulamiento de márgenes. Con este test se persigue asegurar que los operadores alternativos que emplean el servicio mayorista de la empresa VI puedan replicar sus ofertas minoristas de manera rentable.

A grandes rasgos, este test consiste en comparar la diferencia entre el precio minorista y mayorista de la empresa VI con los costes de distribución aguas abajo (por ejemplo los costes de comercialización)². Si esta diferencia es menor que el coste de comercialización, existen indicios para concluir que se ha producido un comportamiento anticompetitivo.

A pesar de su amplia utilización, en este artículo mostramos que bajo algunas condiciones el test MSQ puede ser demasiado estricto señalando como anticompetitivas políticas de precios o descuentos cuyo objetivo no es distorsionar la competencia. Cuando el operador dominante se enfrenta con obligaciones de servicio público a un precio uniforme, el test MSQ puede señalar que existe un estrangulamiento de márgenes cuando en realidad la empresa VI está intentando emular los precios de un competidor que, por no tener las obligaciones de servicio público y sin ser más eficiente que la empresa VI, puede fijar unos precios más bajos.

Existen mercados donde el coste de ofrecer el mismo producto o servicio varía entre grupos de clientes o usuarios, por ejemplo, a nivel geográfico. No es igual prestar un servicio público (postal, telecomunicaciones,

² En la práctica el test es bastante más complejo. Entre otras cuestiones es preciso definir cuál es el servicio mayorista y sus precios; el horizonte temporal de análisis; las actividades aguas abajo, si se usan los costes de la empresa VI o de los competidores, y el estándar de costes a emplear.

energía) en zonas rurales que en áreas urbanas. Para evitar que estas zonas se queden sin servicio (o que paguen precios más altos conforme a los costes de prestación) se suelen imponer obligaciones de servicio público. Por ejemplo en el sector postal, existe la obligación de entregar y recoger el correo en todo el país al menos una vez por día laborable a un precio uniforme para todo el territorio.

Como consecuencia de la obligación del servicio público, la empresa VI mantiene la infraestructura en todo el territorio para poder servir a todos los usuarios. Sin embargo, una empresa entrante tiene la libertad de elegir dónde prestar el servicio y construir su propia red, y dónde utilizar la infraestructura del incumbente. El problema con el test habitual de MSQ se puede producir cuando el acceso a la infraestructura de la empresa VI se hace selectivamente (por ejemplo cuando en unas determinadas zonas geográficas el entrante usa la red de la empresa VI y, en otras, construye su propia red).

Si el entrante construye su propia infraestructura en las zonas con coste bajo y opta por utilizar la red de la empresa VI en las zonas con el coste alto, incluso sin ser más eficiente, el entrante podría fijar precios más bajos. Para competir con estos precios la empresa VI ofrecería unos descuentos que no superarían la regla de pinzamiento. Como resultado, la empresa VI sería acusada del pinzamiento de márgenes de un entrante con menor eficiencia³. Además de ser ineficiente, esta entrada dificultaría la financiación de obligaciones de servicio público, impidiendo así su implementación.

En este artículo se ofrece una modificación de la regla tradicional MSQ en el contexto de acceso selectivo con obligaciones del servicio público por parte de la empresa VI. La aplicación de esta modificación permitiría sólo la entrada de empresas eficientes, es decir, los operadores con el coste aguas abajo igual o inferior al del incumbente.

En lo que sigue, presentamos el resto del artículo, que está compuesto por cuatro secciones adicionales. La siguiente sección muestra cómo se produce la ventaja competitiva del entrante bajo el acceso selectivo en las industrias con obligaciones de servicio público y precios uniformes para el incumbente. La tercera sección describe cómo, bajo algunos supuestos simplificadores, proponemos ajustar la fórmula tradicional de MSQ para impedir la entrada ineficiente. La cuarta sección considera cómo afecta a este ajuste el que la obligación de servicio público esté financiada externamente (por ejemplo vía subvenciones públicas). La última sección concluye.

³ Nótese que nuestra definición de eficiencia se refiere a la eficiencia productiva solamente y no tiene en cuenta otros aspectos que pueden ser importantes para los reguladores. Por ejemplo, si existen economías de escala, los operadores instalados en el mercado pueden parecer más eficientes que los nuevos participantes, aunque en realidad esto se debe a su incumbencia. Otros aspectos importantes a considerar por el regulador de cara a permitir la entrada de operadores menos eficientes que el incumbente, es el impacto a largo plazo de la competencia, tales como el desarrollo de nuevos servicios o de los incentivos para la reducción de costes, lo que podría compensar cualquier pérdida a corto plazo en la eficiencia.

2. LA VENTAJA COMPETITIVA

Las autoridades de competencia y regulación en su práctica común aseguran el acceso al insumo esencial para todas las empresas que lo soliciten. Así, la empresa verticalmente integrada propietaria del insumo esencial está obligada a atender las solicitudes razonables de acceso al mismo. De esta forma la empresa VI vende el acceso a su infraestructura a los entrantes y compete con ellos en el mercado al cliente final.

Sin embargo, cuando el precio de acceso es más alto que el coste del insumo para el incumbente, se puede producir una duplicación ineficiente de la infraestructura. Así, un entrante con un coste más alto que el del incumbente, pero más bajo que el precio de acceso, puede evitar la compra del acceso e invertir en la construcción de su propia red o infraestructura (*bypass* en inglés).

Cuando el entrante utiliza su propia red para servir a todos sus clientes, se produce un *bypass* completo. En caso de que el entrante construya su propia red sólo para servir a algún tipo de clientes y utilice la red del incumbente para servir a otros, se denomina un *bypass* selectivo. El *bypass* selectivo es particularmente peligroso para la financiación del servicio público si el coste neto del mismo está financiado mediante subsidios internos entre clientes⁴.

Muchos autores argumentan la importancia de tener en cuenta el acceso selectivo a la hora de fijar el precio mayorista⁵, sin embargo no tenemos constancia de que esta discusión se haya extendido al test de MSQ⁶. El MSQ debería asegurar que sólo los competidores más eficientes que el incumbente tienen incentivos económicos para entrar y operar en el mercado⁷. Sin modificaciones, el test puede identificar el pinzamiento de márgenes incluso de operadores cuya ventaja competitiva se debe a su política de acceso selectivo y a las obligaciones de servicio público del operador incumbente.

Para ilustrar cómo se produce la ventaja competitiva de un entrante ineficiente consideremos la situación siguiente. La empresa verticalmente integrada es dominante en un mercado con dos tipos de usuarios: un grupo de los clientes reside en las áreas donde el coste de servicio es relativamente bajo mientras otro grupo de clientes reside en las áreas de coste alto. La obligación de servicio público implica que el incumbente ofrece el servicio a ambos tipos de clientes cobrándoles el mismo precio. Suponemos que

⁴ Véase BILLETTE DE VILLEMEUR *et al.*, *Journal of Regulatory Economics*, 2007.

⁵ Véanse entre otros: ARMSTRONG, *Review of Network Economics*, 2008; CREMER *et al.*, *Competitive Transformations of the Postal and Delivery Sector*, 2003; VOGELSANG, *Journal of Economic Literature*, 2003; DE DONDER, *Review of Industrial Organization*, 2006.

⁶ ECCLES, *Heightening Competition in the Postal and Delivery Sector*, 2010, analiza el tema del MSQt bajo el acceso selectivo. Sin embargo, el autor está más interesado en la discusión sobre si el MSQt debe aplicarse o no cuando los competidores ya han replicado los elementos a los que tienen acceso. Por ejemplo, una de las posibilidades que el autor evalúa es la aplicación de la MSQt sólo en aquellas rutas donde no existen competidores.

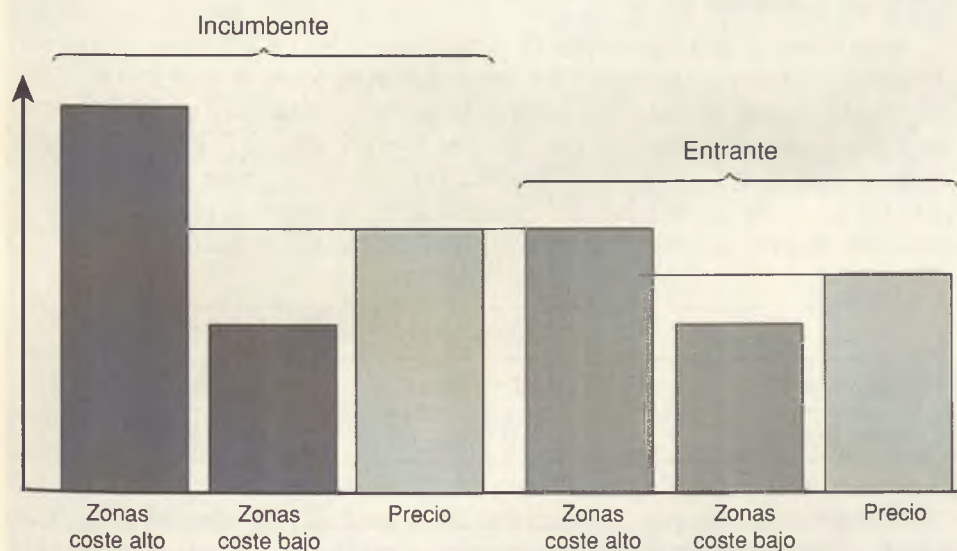
⁷ Salvo que haya un motivo relacionado con la eficiencia de largo plazo que haga que el regulador se decante por permitir la entrada de operadores menos eficientes en el corto plazo.

este precio permite al incumbente recuperar todos los costes, incluido un retorno suficiente.

El incumbente ofrece el acceso a sus infraestructuras a un precio regulado orientado a costes⁸, único para todas las áreas geográficas en las que se presta el servicio. El entrante no tiene obligaciones de servicio público: para cada tipo de cliente puede elegir entre prestar el servicio accediendo a la infraestructura de la empresa VI o desplegar su propia red. A continuación mostramos que este entrante puede preferir construir su infraestructura en las zonas con el coste de servicio bajo y comprar el acceso en las áreas con coste alto. Con esta estrategia, incluso un entrante menos eficiente que el incumbente puede ofrecer un precio menor que el incumbente. Esta ventaja se establece porque en las zonas con coste alto el precio de acceso está por debajo del coste de construir una nueva infraestructura.

La Figura 2 muestra gráficamente cómo se produce esta ventaja competitiva. Debido a que el incumbente tiene obligaciones de servicio público, tiene que asumir un coste alto en algunas zonas. El precio del incumbente (tercera columna empezando por la izquierda) es el coste promedio entre las zonas de servicio (reflejado en las dos primeras columnas). En cambio, el entrante compra el acceso a la infraestructura del incumbente en zonas con coste alto pagando el coste promedio (cuarta columna, que como se observa es más bajo que el coste original, representado en la primera columna). En zonas con coste bajo el entrante decide construir su propia infraestructura

Figura 2. Ventaja competitiva: un ejemplo gráfico



⁸ Con un precio de acceso tipo «*retail minus*», que se fija igual al precio minorista menos los costes que el incumbente evita por no prestar el servicio final, la ventaja competitiva del entrante se produciría igualmente.

(quinta columna, cuyo coste es inferior al precio de acceso). De esta forma, el coste promedio del entrante, y por tanto su precio, resulta más bajo que el precio final del incumbente (compárese la última columna con la tercera).

La intuición es que el entrante paga el precio de acceso calculado como el coste promedio de los diferentes tipos de consumidores. Si la empresa entrante decide construir su propia infraestructura para servir a los consumidores con el coste bajo, pero utiliza la red del incumbente para servir a los consumidores con costes altos, tendrá un coste medio más bajo que el incumbente⁹.

A continuación presentamos un ejemplo numérico que refleja la misma idea.

EJEMPLO NUMÉRICO DE LA VENTAJA COMPETITIVA

Consideremos la situación a la que se enfrenta un incumbente y un entrante en un mercado hipotético. En este ejemplo mostramos que debido a las obligaciones de servicio público de la empresa VI, un entrante menos eficiente puede fijar precios más bajos.

Suponemos que el coste total del servicio tiene dos componentes: el coste del insumo (o coste de producción) y el coste de comercialización. El coste del insumo representa el coste «mayorista» en que incurre la empresa; después de incurrir en este coste, el incumbente comercializa el producto o bien vende el acceso al entrante. El coste de comercialización representa el coste «minorista», esto es, el coste de distribuir y vender el producto al usuario final.

Supongamos que dos tercios de usuarios residen en las zonas con coste de servicio bajo y un tercio en las áreas donde el coste de servicio es alto. Supongamos que el coste de comercialización es igual para ambas empresas y para todos los usuarios (por ejemplo 1 € por artículo). En la siguiente tabla se muestran los costes de producción del incumbente y del entrante para cada tipo de cliente. Se ha supuesto un coste más alto para el entrante (es decir, se trata de un operador menos eficiente que el incumbente).

	<i>Incumbente</i>	<i>Entrante</i>
Clientes tipo A	1 €/art.	2,5 €/art.
Clientes tipo B	10 €/art.	11,5 €/art.

Primero, calculemos el precio uniforme al cliente final del incumbente. Si hacemos el supuesto de precios orientados a costes (incluido

⁹ Éste es un resultado estándar en la literatura de los precios de acceso. También se deduce que si el precio de acceso es diferente en las diferentes áreas geográficas, el entrante no tiene esta ventaja.

un beneficio razonable), este precio es la suma del coste promedio de producción y el coste de comercialización:

$$(2/3*1+1/3*10)+1 = 5 \text{ €/art.}$$

Como podemos observar, el coste total del servicio para los clientes del tipo A (2 €/art), después de añadir el coste de comercialización al coste mayorista) es más bajo que el precio minorista del incumbente (5 €/art), mientras para los clientes del tipo B (11 €/art) es más alto. Dado el precio uniforme, los clientes del tipo A son rentables y subsidian el servicio para los clientes no rentables del tipo B al precio uniforme.

Supongamos que el precio de acceso se calcula como el coste promedio de producción ponderado por número de clientes de cada tipo $-(2/3*1+1/3*10) = 4$ (€/art). Es decir, se trata de un precio regulado orientado a costes.

Dada esta estructura de precios, el entrante observa que su coste de producción para los clientes del tipo A es más bajo que el precio de acceso ($2,5 < 4$ €/art). Así que el entrante prefiere construir su propia infraestructura para servir a estos clientes. Lo contrario ocurre en el caso de los clientes del tipo B – el entrante prefiere contratar el servicio de acceso a construir su propia red ($11,5 > 4$ €/art).

Dado esto, el precio final del entrante es $(2/3*2,5 + 1/3*4) + 1 = 4$ (€/art).

Es decir, a pesar de ser menos eficiente para proveer el servicio a los clientes A y B, el entrante puede ofrecer un precio más bajo que el incumbente.

Dada esta ventaja para el entrante con acceso selectivo, cuando las dos empresas compiten en precio para el cliente final, el incumbente puede tener que ofrecer descuentos a sus clientes para así poder igualar los precios del entrante. En la próxima sección mostramos que, estos precios no cumplirían el test tradicional de MSQ.

3. EL AJUSTE PROPUESTO

Como muestra la sección anterior, cuando las empresas compiten en precios por el usuario final, el incumbente con obligaciones de servicio público se puede encontrar en una desventaja competitiva. Para poder neutralizar la ventaja de precios lograda por el entrante y seguir compitiendo en el mercado, el incumbente necesitaría ofrecer descuentos a sus clientes. Sin embargo, las autoridades de competencia pueden interpretar que estas políticas de precios son una conducta anticompetitiva. Es decir, el test tradicional de MSQ puede detectar pinzamiento de márgenes a pesar de que la ventaja de precios del entrante no reside en su mayor eficiencia sino en la desventaja que supone la obligación de servicio público del incumbente.

EJEMPLO NUMÉRICO CON EL TEST DE MSQ TRADICIONAL

Para demostrar cómo los precios de la empresa VI no cumplen el test tradicional de MSQ consideramos un ejemplo numérico. Seguimos con la terminología y los costes del ejemplo numérico anterior: el entrante decide construir su propia infraestructura para servir a los clientes del tipo A y contratar el acceso a la infraestructura del incumbente para servir a los clientes del tipo B. El precio final de entrante sería 4 €/art y el del incumbente -5 €/art.

Imaginemos que estas dos empresas compiten en el precio final. Observando los precios del entrante, la empresa VI decide igualar su oferta y bajar su precio minorista hasta 4 €/art.

Para ver qué implica esta bajada de precio para el resultado del test de MSQ, comparamos la diferencia entre el precio minorista del incumbente (4 €/art.) y el precio mayorista (4 €/art.) con el coste de comercialización del incumbente (1 €/art.):

$$MSQ \text{ (clásico): } (4 - 4) = 0 \text{ (€/art.)} < 1 \text{ (€/art.)}$$

Los ingresos que produce la venta de un artículo en el mercado minorista no cubren los costes de comercialización del incumbente, lo que resulta en márgenes negativos —la evidencia para el pinzamiento de los márgenes—. Pero recordemos que en nuestro ejemplo, el entrante es menos eficiente que el incumbente, es decir, el test tradicional de MSQ estaría conduciendo a que el servicio se prestara con costes más elevados que lo que es factible económicamente.

Sin embargo, la política de precios del incumbente refleja su intento de compensar la desventaja que le produce la obligación de servicio público. Para que el test de pinzamiento tenga en cuenta esta circunstancia, proponemos una modificación del mismo.

Esta modificación del test permite al incumbente fijar su precio minorista al nivel del precio minorista que establecería un entrante igual de eficiente. En otras palabras, la modificación del test busca reflejar el precio que podría fijar la empresa dominante si hubiera entrado al mercado accediendo al insumo esencial y sin obligaciones de servicio público.

Para calcular esta modificación del test primero definimos las condiciones para el *bypass* ineficiente. El *bypass* ocurre cuando para servir a algún tipo de clientes, el entrante encuentra económicamente beneficioso construir su propia infraestructura en lugar de comprar el acceso a la red de la empresa VI. Si el coste del entrante es más alto que el coste del incumbente cuando el entrante construye su infraestructura, este *bypass* es ineficiente. Destacamos que nuestra modificación del test de MSQ no impide la posibilidad de *bypass*, pero sí impedirá el *bypass* ineficiente.

La empresa VI fija los precios minorista y mayorista sin disponer de ninguna información sobre los costes de los entrantes potenciales. El precio minorista es uniforme y permite al incumbente cubrir todos los costes de servicio público. El precio mayorista está orientado a costes y se calcula como el coste promedio del insumo mayorista ponderado por el número de clientes de cada tipo. Si en algún momento se produce la entrada al mercado de una empresa nueva, el incumbente puede decidir bajar el precio minorista para poder competir con la oferta del entrante. Para evaluar si se produce el estrangulamiento de márgenes, proponemos evaluar este nuevo precio según un test de MSQ modificado.

La filosofía del ajuste es la siguiente. El precio al cliente final que puede poner el incumbente es aquel que fijaría sin obligaciones de servicio público y asumiendo que puede comprar el acceso a la infraestructura al precio mayorista que ofrece en el mercado. Como este precio mayorista refleja un coste promedio, el precio de acceso será más bajo que el coste de acceso para algunos clientes y será más alto para otros. En esta situación hipotética el incumbente seguiría una estrategia similar a la de un entrante sin obligación de servicio público que hace *bypass* en la red: elegiría a construir su propia infraestructura para servir los clientes con coste bajo y comprar el acceso para servir los clientes con coste alto. De esta forma, el precio final uniforme de esta empresa se calcularía como el promedio entre el coste para servir los clientes con coste bajo y el precio de acceso. Por tanto, el ajuste permite a la empresa VI ofrecer descuentos hasta que el precio al cliente final se sitúa en el nivel anterior. Nótese que este ajuste asume que el *bypass* es significativo y que la obligación de servicio público no está siendo financiada. En la sección siguiente, discutimos cómo sería el ajuste si la empresa VI recibe un subsidio por la obligación.

En las dos siguientes cajas de texto ilustramos la modificación con un ejemplo cuantitativo y la derivamos formalmente.

EJEMPLO CUANTITATIVO DE LA MODIFICACIÓN DEL TEST TRADICIONAL DE MSQ

Derivemos la modificación del MSQ test considerando las siguientes notaciones:

	<i>Incumbente</i>	<i>Entrante</i>
Clientes del tipo A, %	γ	γ
Coste de comercialización	c_2	c_2
Coste del servicio, clientes del tipo A	c_{IA}	c_{EA}
Coste del servicio, clientes del tipo B	c_{IB}	a (precio de acceso)

El precio uniforme inicial del incumbente (P^I) es la suma del coste medio de producción y el coste de comercialización:

$$P^I = \gamma c_{IA} + (1 - \gamma) * c_{IB} + c_2$$

El precio mayorista (a) que ofrecería el incumbente es el coste promedio ponderado:

$$a = \gamma c_{IA} + (1 - \gamma) * c_{IB}$$

Ahora, imaginemos que el incumbente se encuentra en las mismas condiciones que su entrante potencial. Es decir, no tiene ninguna obligación de servicio público y puede comprar acceso a la infraestructura a otra empresa-proveedor del servicio público. Los costes del servicio y de comercialización se mantienen igual y el precio de acceso está dado por a .

Cuando el coste de servir a un grupo de clientes es más caro que otro (en nuestro caso $c_{IB} > c_{IA}$), el incumbente preferirá construir su propia infraestructura para servir a los clientes del tipo A ($c_{IA} < a$) y comprará el acceso para servir a los clientes del tipo B ($c_{IB} > a$). Así, el coste de servicio de clientes del tipo A se mantiene al nivel c_{IA} , pero el coste de servicio para clientes del tipo B ahora es a . El precio minorista de un incumbente con la estrategia del entrante sería $P^I(E)$:

$$P^I(E) = \gamma c_{IA} + (1 - \gamma) * a + c_2, \text{ o}$$

$$P^I(E) = \gamma c_{IA} + (1 - \gamma) * (\gamma c_{IA} + (1 - \gamma) * c_{IB}) + c_2$$

La diferencia entre el precio del incumbente y el precio del incumbente bajo la regla anterior es:

$$P^I - P^I(E) = \gamma (1 - \gamma) * (c_{IB} - c_{IA})$$

Esta diferencia es precisamente la ventaja competitiva que un entrante tan eficiente como el incumbente tendría por no tener la obligación de servicio público.

De esta forma, el ajuste que proponemos consiste básicamente en permitir que el descuento del incumbente sea igual a la desventaja competitiva a la que se enfrenta. Es decir, el ajuste hace que a la hora de fijar precios al incumbente no le penalice la obligación de servicio público.

$$MSQ \text{ (tradicional): } P^I \geq a + c_2$$

$$MSQ \text{ (modificado): } P^I \geq a + c_2 - \gamma (1 - \gamma) * (c_{IB} - c_{IA})$$

En la siguiente caja de texto mostramos un ejemplo numérico de la modificación del test.

EJEMPLO NUMÉRICO DE LA MODIFICACIÓN

Usando los mismos supuestos que en el ejemplo numérico mostrado más arriba podemos calcular el precio que el incumbente podría ofrecer a sus clientes si él estuviese en las mismas condiciones que el entrante -sirviendo los clientes tipo A con su propia infraestructura y comprando el acceso para servir los clientes tipo B:

$$P^i(E) = (2/3 * 1 + 1/3 * 4) + 1 = 3 \text{ (€/art.)},$$

El precio que ofrece el entrante es:

$$PE = (2/3 * 2,5 + 1/3 * 4) + 1 = 4 \text{ (€/art.)}.$$

Con la modificación, el incumbente puede bajar el precio minorista hasta 3 (€/art.) —lo que está por debajo del precio de entrante—. El precio del entrante es más alto debido a su ineficiencia en costes de servir a los clientes tipo A. De esta forma el ajuste del MSQ permite al incumbente competir con los entrantes ineficientes e impide el *bypass* ineficiente.

Cabe destacar que incluso con la modificación del test tradicional de MSQ, un entrante con el coste más bajo que el incumbente todavía tendrá incentivos para entrar al mercado. En este caso, si el incumbente decide bajar su precio para igualar la oferta del entrante eficiente, el MSQ correctamente señalará una conducta anticompetitiva.

4. EL AJUSTE Y LA FINANCIACIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE SERVICIO PÚBLICO

Debido a que la ventaja de precios para el entrante resulta de la necesidad del incumbente de financiar el coste del servicio público mediante subsidios cruzados entre clientes, es relevante analizar si esta ventaja se mantiene cuando el servicio público se financia externamente. Como explicábamos en la Sección 2, en los casos en los que el entrante no tiene ventaja competitiva, tampoco habrá necesidad de ajustar el test MSQ.

La financiación externa del servicio público implica que el incumbente recibe los subsidios para financiar el coste del servicio. En nuestro análisis consideramos dos situaciones en relación con estos subsidios: i) financiación completa y endógena —el subsidio compensa la diferencia entre el precio minorista y el coste de servicio—, y ii) financiación incompleta y exógena —refiriéndose a un subsidio fijo que no refleja la diferencia entre el coste y el precio en su totalidad (por ejemplo, cuando existe un límite para la recuperación del coste de servicio público)—.

Con un ejemplo cuantitativo mostramos que con la financiación completa el incumbente puede competir contra los entrantes incluso si existe *bypass*. Con ayuda del subsidio, el incumbente fija un precio minorista

suficientemente bajo, pero a la vez recupera todos los costes de servicio público. Por esta razón en este caso no hay necesidad de ajustar el test tradicional de MSQ.

MODIFICACIÓN DEL TEST DE MSQ. FINANCIACIÓN COMPLETA DEL COSTE DE SERVICIO PÚBLICO

Siguiendo las notaciones anteriores, el incumbente recibe un subsidio (s) por cada artículo vendido a los consumidores con coste alto. Este subsidio se determina como la diferencia entre el coste del servicio y el precio:

$$s = (c_{IB} + c_2 - P^I)$$

El precio que ofrece el incumbente se calcula incorporando este subsidio:

$$P^I = \gamma c_{IA} + (1 - \gamma) * c_{IB} + c_2 - (1 - \gamma) * s, \text{ o}$$

$$P^I = \gamma c_{IA} + (1 - \gamma) * c_{IB} + c_2 - (1 - \gamma) * (c_{IB} + c_2 - P^I)$$

Simplificando esta ecuación deducimos que el precio final será igual al coste del servicio para los consumidores con el coste bajo (clientes del tipo A en nuestra notación):

$$P^I = c_{IA} + c_2$$

Dado esto, el precio de acceso es igual al coste del servicio para los clientes del tipo A:

$$a = \gamma c_{IA} + (1 - \gamma) c_{IB} - (1 - \gamma) * s \text{ o } a = c_{IA}$$

Así que el precio del entrante (PE) sería:

$$P^E = \gamma c_{EA} + (1 - \gamma) * a + c_2 = \gamma c_{EA} + (1 - \gamma) * c_{IA} + c_2$$

Si el entrante es igual de eficiente que el incumbente (es decir, $c_{EA} = c_{IA}$ y los costes de comercialización son idénticos) ambos podrían fijar el mismo precio minorista. Si el entrante es menos (más) eficiente, el precio del entrante será más alto (bajo). En ningún caso se produce la ventaja de precios para el entrante ineficiente, así que no hay necesidad de modificar el test tradicional de MSQ.

Con la financiación incompleta o imprecisa de la obligación de servicio público modelizamos al incumbente que recibe un subsidio fijo que no cubre exactamente los costes de la obligación de servicio público. Por ejemplo puede haber restricciones en los presupuestos públicos que impidan una financiación completa de la obligación. También puede suceder que el subsidio fijo sea más alto que el coste de servicio público como resultado de una sobreestimación del mismo.

En el ejemplo de la siguiente caja de texto mostramos que en este caso el MSQ tiene que ser modificado, si bien ha de tenerse en cuenta la subvención recibida.

MODIFICACIÓN DEL TEST DE MSQ. FINANCIACIÓN INCOMPLETA DEL COSTE DE SERVICIO PÚBLICO

El incumbente recibe un subsidio fijo (F) por cada artículo vendido. Aunque este subsidio está relacionado con la diferencia entre el coste del consumidor del tipo B y el precio, F no es exactamente igual a esta diferencia. Ambos casos son posibles: F puede ser mayor o menor que la diferencia entre el coste y el precio. El precio del incumbente sería igual a:

$$P^I = \gamma c_{IA} + (1 - \gamma) * c_{IB} + c_2 - F$$

El precio del acceso mayorista (a) es:

$$a = \gamma c_{IA} + (1 - \gamma) * c_{IB} - F$$

Con este precio de acceso el entrante podrá ofrecer el siguiente precio minorista:

$$P^E = \gamma c_{EA} + (1 - \gamma) * (\gamma c_{IA} + (1 - \gamma) * c_{IB} - F) + c_2$$

Este precio puede ser menor que P^I aun si el entrante es menos eficiente, lo que supone una ventaja de precio para el entrante. Para eliminarla necesitamos ajustar el MSQ.

Derivamos el ajuste de una forma similar al caso anterior, calculando el precio que podría fijar el incumbente si estuviera en las condiciones del entrante:

$$P^I(E) = \gamma c_{IA} + (1 - \gamma) * a + c_2, \text{ o}$$

$$P^I(E) = \gamma c_{IA} + (1 - \gamma) * (\gamma c_{IA} + (1 - \gamma) * c_{IB} - F) + c_2$$

Dado lo anterior se tiene que:

$$P^I - P^I(E) = \gamma * (1 - \gamma) * (c_{IB} - c_{IA}) - \gamma F$$

Expresión que determinaría el tamaño del ajuste del test – el tamaño máximo de los descuentos que se debería permitir hacer al incumbente. El test de MSQ modificado en este caso sería:

$$MSQ \text{ (modificado): } P^I \geq a + c_2 - \gamma (1 - \gamma) * (c_{IB} - c_{IA}) + \gamma F.$$

Cabe destacar que, en comparación con el ajuste presentado en la Sección 3, éste difiere en γF . Si el incumbente no recibe subsidios, $F = 0$, el ajuste es idéntico al de la Sección 3.

Como podemos observar, en el caso de financiación incompleta el ajuste es más pequeño que en el caso de ausencia de financiación. Como una parte del coste del servicio público se recupera a través del subsidio, el

incumbente puede fijar un precio más bajo inicialmente, disminuyendo el tamaño de la ventaja de precios que disfruta un entrante ineficiente en el caso de *bypass*.

En el caso de que el subsidio sea más alto que el coste neto del servicio público, el ajuste del test va en la dirección opuesta. Si el subsidio excede el coste, el incumbente recibiría fondos adicionales que le permitirían llevar a cabo una política de precios agresiva con sus rivales no basada en una mayor eficiencia del incumbente. El test de MSQ ajustado exigirá en este caso un precio minorista más alto para asegurar los márgenes adecuados a los entrantes que compran el servicio del acceso.

5. CONCLUSIONES

En las industrias con obligaciones de servicio público, la tensión entre el prestador de este servicio y sus competidores es inevitable. Sin embargo, ésta se agrava si existe la posibilidad de acceso selectivo. En muchas industrias, especialmente en postal y telecomunicaciones, el *bypass* selectivo puede ser importante.

Los objetivos de proteger la competencia y asegurar la eficiencia son importantes y muchos reguladores utilizan el test de pinzamiento de márgenes como una herramienta para asegurarse de que se cumplan. Sin embargo, en determinadas circunstancias el test tradicional de MSQ puede identificar el estrangulamiento de márgenes de forma errónea. Cuando un entrante decide construir su propia infraestructura en las zonas de servicio con coste bajo y comprar el acceso a la infraestructura del incumbente en las zonas con el coste del servicio alto, aun siendo ineficiente, puede obtener una ventaja de precios si el incumbente tiene una obligación de servicio público no financiada apropiadamente.

Si el servicio público es cada vez más difícil de financiar y el *bypass* de la red es relativamente importante, no pasar el test tradicional de MSQ, especialmente con diferencias pequeñas, puede estar reflejando el intento del incumbente de competir con los entrantes y no un objetivo de distorsión de la competencia. Éste es nuestro principal argumento para ajustar el test MSQ tradicional. En el artículo hemos identificado el método y la filosofía de dicho ajuste, pero aún se requiere más trabajo para su implementación, ya que la magnitud del ajuste depende de parámetros que en la práctica no son fáciles de determinar.

EL ANÁLISIS DE LAS CONCENTRACIONES EN MATERIA ENERGÉTICA A LA LUZ DE LA CREACIÓN DE LA CNMC

Eva LECERTUA*

María Jesús MARTÍN*

1. INTRODUCCIÓN

La entrada en vigor de la Ley 3/2013 ha supuesto la integración en un único organismo de las anteriores entidades supervisoras de los sectores regulados y, entre éstas, la Comisión Nacional de Energía (a partir de ahora, CNE) y la autoridad de competencia, la extinta Comisión Nacional de Competencia (CNC).

Después de un año desde la puesta en marcha de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), existen numerosas opiniones en la literatura reciente que valoran los retos pendientes para el desarrollo de las complementariedades desde la perspectiva de la regulación sectorial y de las políticas *antitrust* en materia de defensa de la competencia¹.

En la exposición de motivos de la Ley 3/2013 se citan, entre las ventajas de dicha integración, el aprovechamiento de las economías de escala derivadas de la existencia de funciones de supervisión idénticas o semejantes, la puesta en común de los conocimientos y experiencia, así como la realización de una supervisión integrada de los sectores regulados con industrias de red y con características de monopolio natural en alguna fase de la actividad.

* Adscritas a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Las opiniones expresadas en el artículo son de las autoras y no del organismo CNMC.

¹ Véase, por ejemplo: J. DELGADO y E. MARISCAL, «Integrating Regulatory and Antitrust Powers: Does It Work? Case Studies from Spain and Mexico», *Competition Policy International*, vol. 10, núm. 1, Spring 2014; C. GORRIZ, «The Spanish National Commission on Markets and Competition», *World Competition*, 37, núm. 3 (2014); J. M. MARÍN QUEMADA, «La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia: una nueva etapa para la Competencia y la supervisión regulatoria en España», *50 Aniversario de la primera Ley de Competencia en España*. ICE, núm. 876, enero-febrero de 2014.

En el caso específico del control de concentraciones en los sectores de la energía, la integración en un mismo organismo de las funciones de la autoridad de competencia y del organismo regulador de la energía, puede permitir la identificación más eficazmente de los problemas que dichas operaciones de concentración pueden suponer para la competencia efectiva en los mercados energéticos. Asimismo, dicha integración de organismos reduce los plazos máximos en la resolución de las operaciones de concentración, en tanto decae la obligación de la elaboración del informe preceptivo por el anterior organismo regulador, contemplado hasta entonces en la normativa, sustituyéndose por un informe preceptivo de la Sala de Supervisión Regulatoria de acuerdo con el art. 21.2 de la Ley 3/2013 y el art. 14, puntos 1 y 2, del Real Decreto 657/2013.

No obstante, estos cambios exigen una estrecha colaboración interna entre distintas Direcciones de la CNMC, para contar con la máxima información y con los conocimientos técnicos más específicos sobre los mercados y la regulación sectorial. Todo ello, evitando actuaciones redundantes y dirigiendo esfuerzos comunes para la supervisión *ex ante* de los mercados afectados por cada operación de concentración.

En este artículo se analiza, por una parte, el cambio que la Ley 3/2013 ha introducido en los procedimientos de operaciones en el marco del control de concentraciones energéticas y, por otra parte, las ventajas que de ello puede derivar con el ánimo de aprovechar las sinergias, acortar los plazos en la tramitación de expedientes sobre control de concentraciones y evitar duplicidades y contradicciones en los resultados de los mismos, que puedan afectar la seguridad jurídica.

El presente artículo se estructura de la siguiente forma. En el epígrafe 2 se resume el ámbito de actuación de las extintas CNC y CNE en materia de defensa de la competencia en los sectores energéticos. En el epígrafe 3 se citan las funciones que las anteriores CNE y CNC tenían legalmente atribuidas en relación con las operaciones de concentración en el sector energético, destacando las mínimas diferencias registradas entre los análisis efectuados por ambos organismos. En el epígrafe 4 se analizan los cambios que introduce la Ley 3/2013 en el procedimiento de operaciones de concentración, citando las ventajas que pueden generarse en términos de eficiencia en los procedimientos y seguridad jurídica. En el epígrafe 5 se cita la primera operación de concentración en el sector energético autorizada con compromisos por la nueva CNMC, como un ejemplo de la colaboración no reglada dentro de la propia CNMC. En el epígrafe 6 se destacan los principales retos de la CNMC en cuanto a una colaboración eficaz en la tramitación del control de concentración de operaciones energéticas. Por último, en el epígrafe 7, se resumen las principales conclusiones del artículo.

2. ÁMBITO DE ACTUACIÓN DE LAS EXTINTAS CNC Y CNE EN MATERIA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA EN LOS MERCADOS ENERGÉTICOS

A. LA SUPERVISIÓN DE LOS MERCADOS ENERGÉTICOS

El proceso de liberalización del sector eléctrico y gasista, igualmente al de otros sectores con características de industrias de red, conlleva la aplicación de una regulación específica cuyo fin es el desarrollo de la competencia efectiva.

Los mercados energéticos son especialmente vulnerables al poder de mercado. Así, en los mercados de electricidad e hidrocarburos se negocian estos productos básicos para las economías domésticas y para todos los sectores de la economía. Además se registra una baja elasticidad de la demanda de productos energéticos al precio en el corto plazo. Asimismo, no es factible o lo es con un coste elevado, el almacenamiento de dichos productos. Por otra parte, se exigen inversiones elevadas y tiempos largos de amortización en las actividades de generación eléctrica, producción e importación de gas y petróleo. Más aún, tanto para el suministro de gas natural como de electricidad, que son actividades en competencia, se precisa del acceso a infraestructuras con características de monopolio natural en redes, segmentación geográfica debida a restricciones de interconexión con otros países, y en las que la regulación juega un papel relevante.

El proceso de liberalización y armonización de la regulación en Europa, comenzado a finales de los años noventa, se ha ido orientando hacia la creación de un mercado europeo de la energía. Las Directivas 96/92/CE² y 98/30/CE³, derogadas por las 2003/54/CE⁴ y 2003/55/CE⁵, identificaban la falta de integración entre los distintos mercados nacionales de energía y algunas dificultades para el desarrollo de la competencia efectiva, causadas por los elevados niveles de concentración en los mercados de electricidad y gas natural, y por la existencia de restricciones verticales (insuficiente grado de separación entre los productores, suministradores y distribuidores de electricidad y de gas natural). Asimismo, se ponía de manifiesto un insuficiente nivel de interconexión de infraestructuras entre los Estados miembros, la falta de transparencia sobre la información de mercados e infraestructuras y una escasa liquidez en algunos mercados mayoristas y minoristas de gas y electricidad.

² Directiva 96/92/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de diciembre, sobre normas comunes para el mercado interior de electricidad.

³ Directiva 98/30/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de junio, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural.

⁴ Directiva 2003/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 96/92/CE.

⁵ Directiva 2003/55/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural y por la que se deroga la Directiva 98/30/CE.

El tercer paquete de medidas legislativas en materia de electricidad y de gas natural (Directivas 2009/72/CE⁶ y 2009/73/CE⁷, respectivamente) establecieron un núcleo mínimo de tareas de supervisión de los reguladores energéticos para garantizar «la ausencia de discriminación, una competencia efectiva y un funcionamiento eficiente del mercado» (art. 23 de la Directiva de Electricidad y art. 25 de la Directiva de Gas). Dicha tarea supervisora abarca diferentes frentes⁸ y se extiende, también, al nivel de transparencia y competencia en los mercados mayoristas y minoristas de electricidad y de gas natural.

En España las funciones de supervisión otorgadas a los organismos reguladores de energía se han ido incorporando de forma progresiva⁹ en la legislación nacional y actualmente están configuradas en la Ley 3/2013 y el Real Decreto 657/2013.

La Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), otorga a dicho organismo, entre otras, las funciones de supervisión y control de todos los mercados y sectores económicos, de garantizar la transparencia y competencia en el sector eléctrico y en el sector de gas natural, incluyendo el nivel de los precios al por mayor.

Por otra parte, el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia establece, en su art. 4, que cuando así resulte de la normativa de la Unión Europea o nacional, la CNMC tendrá la consideración de Autoridad Reguladora Nacional de los sectores de electricidad y gas natural.

B. LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA EN LOS SECTORES ENERGÉTICOS: LA INTERACCIÓN ENTRE LAS EXTINTAS CNE Y CNC

Tanto desde la normativa en materia energética como desde el ámbito de defensa de la competencia, se persigue el objetivo común de garantizar la competencia efectiva en los sectores energéticos.

En Europa, con carácter general, las funciones de supervisión de los mercados energéticos recaen sobre los organismos reguladores sectoriales,

⁶ Directiva 2009/72/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 2003/54/CE.

⁷ Directiva 2009/73/CE, del Parlamento y del Consejo, de 13 de julio, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural y por la que se deroga la Directiva 2003/55/CE.

⁸ Desde la supervisión de las normas de gestión técnica del sistema, de los mecanismos de solución de congestiones en las infraestructuras, de la publicación de la información adecuada por parte de los gestores de las infraestructuras, de las condiciones de acceso, además de la certificación, de la supervisión de la separación de las actividades de transporte, regasificación, distribución, almacenamiento y suministro en el sector del gas, y de las actividades de generación, transporte, distribución y suministro en el sector eléctrico, así como de la separación funcional y de la separación efectiva de cuentas para evitar subvenciones cruzadas entre dichas actividades.

⁹ Leyes 54/1997, 34/1998, 12/2007, 17/2007 y Real Decreto-Ley 13/2012.

existiendo mecanismos para la interacción entre el regulador sectorial con la autoridad de competencia.

En España, la Ley 54/1997 del sector eléctrico y posteriormente la Ley 34/1998 del sector de hidrocarburos, así como el Real Decreto 1339/1999¹⁰, determinaban el objeto de la CNE de velar por la competencia efectiva en los sistemas energéticos y por la objetividad y transparencia de su funcionamiento¹¹. El cumplimiento de este objetivo se realizaba tanto a través del ejercicio de las funciones específicamente atribuidas a la CNE en la Ley del sector de hidrocarburos, como mediante sus actuaciones como órgano consultivo de las Administraciones Públicas en materia energética, a partir de su participación con propuestas o informes, en el proceso de elaboración de disposiciones generales que afectarían a los mercados energéticos.

Asimismo, la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), en su art. 12¹², atribuía a la CNC la función de preservar, garantizar y promover la existencia de una competencia efectiva en los mercados o sectores productivos de la economía y en todo el territorio nacional

El art. 10 de la Ley 2/2011, de Economía Sostenible, establecía que los organismos reguladores debían preservar y promover un mayor grado de competencia efectiva y la transparencia en el funcionamiento de los sectores económicos regulados, sin perjuicio de las funciones atribuidas a la CNC o a los órganos equivalentes de las Comunidades Autónomas con funciones en materia de defensa de la competencia.

Con el fin de garantizar el principio de seguridad jurídica y la coherencia entre las intervenciones de la CNE y CNC en la defensa de la competencia en los sectores energéticos, la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia, modificada por la Ley 2/2011, preveía mecanismos para la coordinación de la CNC con los reguladores sectoriales, con el objeto de velar por la coherencia de la política de competencia, la eficiencia en la asignación de los recursos públicos y la seguridad jurídica de los operadores económicos¹³.

Concretamente, el art. 17 de la Ley de Defensa de la Competencia (LDC), derogado por la Disposición Derogatoria *e*) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, preveía que la CNC y los reguladores sectoriales cooperaran en

¹⁰ Dichas competencias fueron modificadas y ampliadas por las Leyes 12/2007 y 17/2007, y Real Decreto-Ley 13/2012, y derogadas por la Ley 3/2013.

¹¹ La Ley 34/1998 del sector de Hidrocarburos, modificada por la Ley 2/2011, de Economía sostenible establece como función de la CNE la de «promover el funcionamiento competitivo del sector energético».

¹² Derogado por la Disposición Derogatoria *e*) de la Ley 3/2013.

¹³ Véase el art. 17 de la LDC, derogado por la Disposición Derogatoria *e*) de la Ley 3/2013, y la Disposición Adicional undécima, apartado tercero, de la Ley 34/1998, modificada por la Ley 2/2011, y derogada por la Disposición Derogatoria *b*) de la Ley 3/2013. Véase el art. 24 de la Ley 2/2011, derogado por la Disposición Derogatoria de la Ley 3/2013, letra *h*).

el ejercicio de sus funciones en los asuntos de interés común¹⁴, definiendo dichos mecanismos:

«Se transmitirán mutuamente de oficio o a instancia del órgano respectivo información sobre sus respectivas actuaciones así como dictámenes determinantes, en el marco de los procedimientos de aplicación de la regulación sectorial y de la presente Ley. Los dictámenes serán determinantes para los reguladores sectoriales o para la Comisión Nacional de la Competencia, según se aplique, que sólo podrán disentir de su contenido de forma expresamente motivada. En todo caso:

a) Los reguladores sectoriales pondrán en conocimiento de la Comisión Nacional de la Competencia los actos, acuerdos, prácticas o conductas de los que pudiera tener conocimiento en el ejercicio de sus atribuciones que presenten indicios de ser contrarios a esta Ley, aportando todos los elementos de hecho a su alcance y uniendo, en su caso, el dictamen correspondiente, que tendrá carácter determinante.

b) Asimismo, los reguladores sectoriales solicitarán informe, que tendrá carácter de determinante, a la Comisión Nacional de la Competencia, antes de su adopción, sobre las circulares, instrucciones, decisiones de carácter general o resoluciones en aplicación de la normativa sectorial correspondiente que puedan incidir significativamente en las condiciones de competencia en los mercados.

[...]

d) La Comisión Nacional de la Competencia o los órganos competentes de las Comunidades Autónomas solicitarán a los reguladores sectoriales la emisión del correspondiente informe determinante en el marco de los expedientes incoados por conductas restrictivas de la competencia en aplicación de los arts. 1 a 3 de la presente Ley».

Adicionalmente, el citado art. 17 preveía que: «Los presidentes de la CNC y de los respectivos órganos reguladores sectoriales se reunirán al menos con periodicidad anual para analizar las orientaciones generales que guiarán la actuación de los organismos que presiden y, en su caso, establecer mecanismos formales e informales para la coordinación de sus actuaciones».

Por otra parte, la Ley 34/1998, en su Disposición Adicional undécima. Tercero. Duodécima, derogada por la Ley 3/2013, responsabilizaba a la CNE de la obligación de poner en conocimiento de la CNC si detectaba indicios de prácticas restrictivas de la competencia, prohibidas por la Ley 15/2007, en los mercados de energía, aportando todos los elementos de hecho a su alcance y, en su caso, un dictamen no vinculante sobre la calificación que merecían dichos hechos.

Ambos organismos, CNE y CNC, han ejercido un papel fundamental en la liberalización de los mercados de gas y electricidad y han demostrado la eficacia en sus funciones, eminentemente de supervisión *ex ante* y *ex post* de la competencia en dichos mercados mayoristas y minoristas. Cada uno

¹⁴ «La Comisión Nacional de la Competencia y los reguladores sectoriales cooperarán en el ejercicio de sus funciones en los asuntos de interés común, respetando, en todo caso, las competencias atribuidas a cada uno de ellos».

de dichos organismos ha ejercido las funciones que legalmente tenían encomendadas: la CNE como organismo técnico más específico de los sectores energéticos regulados, y la CNC como autoridad del control *antitrust* de los sectores económicos, y, también, de los sectores energéticos.

En el respeto de las competencias de instrucción y resolución de la CNC, de acuerdo con lo señalado en la Ley 34/1998 y en la Ley 15/2007, la CNE remitía a la CNC información sobre los posibles incumplimientos de la LDC en los sectores energéticos. Entre los numerosos ejemplos de la remisión de informes de la CNE a la CNC señalando indicios de conductas contrarias a la LDC en los mercados energéticos, pueden ser citados, respecto al mercado de generación eléctrica, los informes sobre restricciones técnicas remitidos por la CNE a la CNC en su Resolución S/0104/08 Eléctricas¹⁵, o respecto al mercado minorista de electricidad, el informe de la CNE citado en la Resolución de la CNC S/0304/10 Endesa¹⁶.

No obstante, a pesar de los mecanismos de cooperación incorporados en la normativa, algunas conductas susceptibles de ser analizadas como infractoras de la Ley de Defensa de la Competencia y de la normativa sectorial, han conllevado actuaciones preliminares coincidentes por parte de ambas autoridades, CNE y CNC, en el ejercicio de garantizar la competencia efectiva en los mercados energéticos.

En todo caso, existe un conjunto de conductas en los sectores energéticos cuya supervisión requiere un análisis previo para identificar desde el inicio cuál es la base jurídica más apropiada de incumplimiento normativo (sectorial-defensa de la competencia). Además, dadas las características específicas de los sectores energéticos, en el caso de que dichas conductas sean analizadas por incumplimiento de la ley de defensa de la competencia, se requerirá necesariamente del *know how* específico de los sectores energéticos para analizar cada conducta de la forma más eficiente posible y con las máximas garantías de seguridad jurídica.

¹⁵ En dicha Resolución, se cita el envío de informes por la CNE a la CNC: «Y es necesario recordar que la preocupación de este Consejo por el comportamiento de las empresas eléctricas en el procedimiento de resolución de restricciones técnicas está motivada entre otras razones, por la reiterada y sistemática remisión de informes por parte del regulador sectorial, la CNE, describiendo conductas anormales en el mercado y alertando a esta institución sobre la posible infracción de la normativa de competencia por abuso de posición de dominio».

¹⁶ En la citada Resolución se indica: «La Dirección de Investigación de la CNC tuvo conocimiento, a través del “Expediente informativo para analizar las causas que están provocando los retrasos surgidos para contratar el suministro con un comercializador libre” que la CNE le remitió el 30 de julio de 2010, de que Endesa Energía XXI, S. L. (en adelante, Endesa), habría transformado la situación contractual de determinados clientes sin derecho a acogerse a la tarifa de último recurso (en adelante, TUR), sujetos transitoriamente a la aplicación de un precio regulado en virtud del art. 3.2 del Real Decreto 485/2009, de 3 de abril, por el que se regula la puesta en marcha del suministro de último recurso en el sector de la energía eléctrica. [...] Como resultado de la información reservada, con fecha 4 de noviembre de 2010, se acordó la incoación de expediente sancionador contra Endesa Energía XXI, S. L., por una posible vulneración del art. 3 de la LDC, por transformar, sin recabar previamente el consentimiento expreso, la situación contractual de determinados clientes sin derecho a acogerse a la tarifa de último recurso, aplicándoles unas condiciones contractuales para el suministro de electricidad diferentes a las que corresponderían transitoriamente según el art. 3.2 del Real Decreto 485/2009».

A este reto se le unen las mayores competencias de la CNMC como organismo regulador de energía, por conductas administrativas en materia eléctrica con la aplicación de la Ley 24/2013, del Sector Eléctrico¹⁷.

A nivel europeo, el Reglamento (UE) núm. 1227/2011, sobre la integridad y la transparencia del mercado mayorista de la energía (REMIT)¹⁸ otorga un papel protagonista a los reguladores energéticos nacionales en la investigación y sanción del abuso de los mercados mayoristas. Dicho Reglamento surge ante la necesidad de regular el abuso de mercado en los mercados mayoristas de energía de electricidad y de gas natural, debido a que son mercados técnicamente complejos, en los que es más difícil detectar abusos, afectan a diferentes mercados europeos interconectados, y en los que es esencial la supervisión coordinada entre países. REMIT determina los mecanismos legales para la supervisión coordinada de los mercados mayoristas de electricidad y gas natural en la Unión Europea, con el objetivo de centralizar la supervisión de estos mercados a través de la Agencia para la Cooperación de los Reguladores de Energía (*Agency for the Cooperation of Energy Regulators, ACER*)¹⁹ y de las propias Autoridades Reguladoras Nacionales de los sectores de electricidad y de gas natural, que son los que en última instancia deberán sancionar los abusos por infracciones definidas en REMIT.

Una vez más, esta regulación pone de manifiesto que determinadas conductas que se detecten en los mercados mayoristas de gas natural y electricidad en Europa, que sean infractoras de REMIT, también podrían ser analizadas bajo la aplicación de la LDC. Por ello, REMIT destaca la necesaria cooperación de ACER y de las autoridades reguladoras nacionales de los sectores de electricidad y gas natural con las autoridades de competencia, para detectar e investigar el abuso de mercado²⁰. En relación con dicha

¹⁷ La Ley 24/2013, en su art. 73.3, establece que la CNMC, en el ámbito de sus competencias, podrá imponer sanciones por determinadas infracciones administrativas, tipificadas en el art. 64. Se refieren a conductas tales como la reducción de capacidad, indisponibilidades, presentación de ofertas con valores anormales o desproporcionados, manipulación de precios de mercado mayorista, uso de información privilegiada acorde con el REMIT y la manipulación del precio de los servicios de ajuste mediante la realización de ofertas a precios excesivos, que pueden afectar a la formación de precios de los mercados mayoristas. Asimismo, la Ley 24/2013 establece tipos sancionados que podrá imponer la CNMC en materia de cambio de suministrador (no permitir el acceso ni mantener el acceso a la base de datos SIPS, el cumplimiento reiterado de los procedimientos de cambio de suministrador y el incumplimiento reiterado de los requisitos para la formalización de contratos de suministro y de condiciones de contratación y apoderamiento de clientes).

La propia Ley 3/2013, en su art. 7.14, hace recaer sobre la CNMC la función de «garantizar la transparencia y competencia en el sector del gas natural, incluyendo el nivel de los precios al por mayor, y velar por que las empresas de gas natural y electricidad cumplan las obligaciones de transparencia». Asimismo, según el art. 7.15, la CNMC tienen la función de supervisar el grado y la efectividad de la apertura del mercado y de competencia, tanto en el mercado mayorista como en el minorista. El art. 7.4 establece la función de la CNMC de «velar por el cumplimiento de la normativa y procedimientos que se establezcan relacionados con los cambios de suministrador».

¹⁸ REMIT establece, por primera vez en la regulación de los mercados mayoristas energéticos, la prohibición explícita de las prácticas abusivas definidas como la manipulación, el intento de manipulación y el uso de información privilegiada en los mercados mayoristas de electricidad y de gas natural en la Unión Europea.

¹⁹ *Agency for the Cooperation of Energy Regulators*.

²⁰ Al respecto véase el art. 16.3, así como el considerando (29) de REMIT, que indica: «Las autoridades reguladoras nacionales, las autoridades financieras competentes de los Estados miembros

cooperación las autoridades reguladoras nacionales deberán informar a la correspondiente autoridad nacional de competencia de su Estado miembro, a la Comisión Europea y a ACER, si tienen indicios razonables para sospechar que se están realizando o se han realizado actos que pudieran constituir una infracción en materia de competencia. Por otra parte, la autoridad reguladora nacional sectorial y la autoridad de competencia deberán informar a ACER sobre si la autoridad de competencia de su Estado miembro está investigando conductas de abuso de mercado. Por último, REMIT requiere la cooperación entre las autoridades reguladoras nacionales y los grupos de investigación europeos que podrán incorporar a representantes de las autoridades de competencia.

Los mecanismos de cooperación entre los organismos reguladores energéticos y las autoridades de competencia guardan cierta similitud en los países del entorno europeo.

Así, por ejemplo, la agencia que regula el sector de la energía en el Reino Unido, OFGEM²¹, tiene funciones para investigar y decidir sobre casos *antitrust* y cárteles en el sector energético. La autoridad de competencia (*Competition and Markets Authority*, CMA) asume las funciones de la anterior *Competition Commission* y algunas otras de protección al consumidor de la *Office of Fair Trading*. En la reciente reforma se otorga a la CMA la función de elaborar anualmente un informe en el que se valore la actuación de los reguladores sectoriales en la utilización de sus atribuciones en materia de competencia. En el caso de que la valoración de las actuaciones en materia de competencia de los organismos reguladores no se considere satisfactoria, el Gobierno podría retirarles dichas funciones.

En Francia, la agencia reguladora francesa, *Commission de Régulation de l'Energie* (CRE) se organiza en dos cuerpos independientes (una Junta integrada por cinco miembros y el comité de resolución de conflictos y sanciones, que consta de cuatro miembros) que utilizan grupos de tareas, consultas públicas y audiencias para la toma de decisiones. Sus relaciones con la autoridad de competencia (*Autorité de la concurrence*) se definen en el art. L. 134-16 del Código de la Energía, que dispone que el presidente de la CRE comunicará cualquier abuso de posición dominante o de prácticas anticompetitivas de las que tenga conocimiento en los sectores energéticos. Asimismo, la autoridad de competencia podrá solicitar informe sobre toda cuestión relativa a los sectores de la electricidad y el gas natural.

y, si procede, las autoridades nacionales en materia de competencia deben cooperar para garantizar un enfoque coordinado en la lucha contra el abuso del mercado en los mercados mayoristas de energía, que abarcan tanto los mercados de productos básicos como los mercados de productos derivados. Dicha cooperación debe incluir el intercambio mutuo de información relativa a las sospechas de que en los mercados mayoristas de la energía se están llevando a cabo o se han llevado a cabo actos respecto a los que existe la probabilidad de que constituyan una violación del presente Reglamento, de la Directiva 2003/6/CE o de la legislación en materia de competencia. Esta cooperación debe, además, contribuir a un enfoque de las investigaciones y procedimientos judiciales coherente y compatible».

²¹ *Office of Gas and Electricity markets*. Recientemente reestructurada para una mejor definición de sus obligaciones y la implementación de las mismas, creando la *Ofgem E-service*, donde la E hace referencia a Medio ambiente (*Environment*), Energía y Eficiencia.

La autoridad de competencia alemana, la *Bundeskartellamt*, tiene atribuida por el art. 48 de su Ley de competencia (GWB) la función de vigilar el mantenimiento de la competencia y el desarrollo de la liberalización de los mercados de gas y electricidad, con el deber de trasladar sus datos a la agencia federal alemana reguladora de la electricidad, gas, telecomunicaciones, servicio postal y transporte ferroviario (*Bundesnetzagentur*).

3. FUNCIONES DE LAS EXTINTAS CNC Y CNE EN EL ANÁLISIS DE OPERACIONES DE CONCENTRACIONES ENERGÉTICAS

A. ACTUACIONES EN MATERIA DE OPERACIONES DE CONCENTRACIONES ENERGÉTICAS

Más específicamente, en relación con el análisis de las operaciones concentraciones económicas en el sector energético, hasta la aplicación de la Ley 3/2013, la CNC era la autoridad responsable de autorizar las operaciones de concentración económica que fueran de obligada notificación por superar los umbrales de volumen de negocios y/o de cuotas de mercado determinados en la LDC.

Por otra parte, la Disposición Adicional undécima. Tercero.1. Decimoquinta de la Ley 34/1998, en su redacción a través de la Ley 2/2011, de Economía Sostenible, derogada por la Ley 3/2013, otorgaba a la CNE la función de informar sobre las operaciones de concentración de dimensión nacional en los sectores energéticos. En particular, la CNE debía elaborar un informe preceptivo no vinculante, y a partir de la Ley 2/2011, de carácter determinante, sobre aquellas operaciones de concentración en los sectores energéticos que fueran notificadas por los agentes afectados para su autorización ante la CNC²².

Paralelamente, la LDC en su art. 17.2, modificado por la Ley 2/2011 y derogado por la Ley 3/2013, señalaba que:

«La Comisión Nacional de la Competencia solicitará a los reguladores sectoriales la emisión del correspondiente informe determinante en el marco de los expedientes de control de concentraciones de empresas que realicen actividades en el sector de su competencia.

Adicionalmente, en la vigilancia de las Resoluciones de la Comisión Nacional de la Competencia en procedimientos sancionadores o de control de concentraciones, el Regulador sectorial emitirá un informe determinante conforme a lo previsto a continuación.

Dicho informe se emitirá, previa solicitud de la Dirección de Investigación, en alguno de los siguientes supuestos:

²² Previamente a la modificación de la Ley 2/2011, la Ley 34/1998 determinaba el deber de la CNE a «informar preceptivamente sobre las operaciones de concentración de empresas o de toma de control de una o varias empresas energéticas por otra que realice actividades en el mismo sector cuando las mismas hayan de ser sometidas al Gobierno para su decisión, de acuerdo con la legislación vigente en materia de competencia». La Ley 54/1997 establecía dicha función para la Comisión del Sector Eléctrico Nacional en el ámbito del sector eléctrico.

1.º Cuando se detecte la existencia de un incumplimiento de las condiciones o compromisos impuestos por la resolución sometida a vigilancia.

2.º Cuando por haberse cumplido las condiciones o compromisos deba proponerse la finalización de la vigilancia.

3.º Cuando la empresa autorizada solicite algún tipo de suspensión, modificación o dispensa de las obligaciones derivadas de la resolución objeto de vigilancia.

También se podrá emitir dicho informe a iniciativa del Regulador sectorial cuando, como consecuencia de la modificación de la estructura del mercado o de la actividad normativa desarrollada por aquél, se considere que las condiciones o compromisos impuestos por la Comisión Nacional de la Competencia devengan innecesarios o se deba proceder a su modificación».

Por tanto, se distinguían facultades de los organismos reguladores sectoriales, entre los que se hallaba la CNE, tanto para emitir a su iniciativa, informe determinante si consideraba que las condiciones o compromisos impuestos por la CNC devengaban innecesarios o debieran modificarse debido a cambios regulatorios o en la estructura de los mercados afectados, como para emitir informe determinante en el marco de la vigilancia de condiciones y compromisos establecidos en las Resoluciones de la CNC relativas a los sectores energéticos, a petición de la propia autoridad de competencia.

B. EL INFORME PRECEPTIVO NO VINCULANTE DEL ORGANISMO SECTORIAL EN MATERIA DE CONCENTRACIONES ENERGÉTICAS

La LDC, en su art. 17.c), preveía que: «La CNC solicitará a los reguladores sectoriales la emisión del correspondiente informe no vinculante en el marco de los expedientes de control de concentraciones de empresas que realicen actividades en el sector de su competencia». Se trataba, por tanto, de una actuación de carácter consultivo cuyo resultado era la emisión por parte de la CNE de un dictamen no vinculante sobre la base de la función 15 de la Ley 34/1998 y del art. 17.2.c) de la Ley 15/2007.

Previamente a la Ley 15/2007, la participación del regulador sectorial en las operaciones de concentración empresarial en el sector eléctrico primero, y energético después, se limitaba a la elaboración de un informe preceptivo sobre las operaciones de concentración de empresas o de toma de control de una o varias empresas eléctricas (según la Ley 54/1997) y energéticas (según la Ley 34/1998, que deroga el correspondiente artículo de la Ley 54/1997) cuando las mismas hubieran de ser sometidas al Gobierno para su decisión de acuerdo con la legislación vigente en materia de competencia. Adicionalmente, según el art. 51 de la Ley 16/1989, el Servicio de Defensa de la Competencia podía solicitar en primera fase colaboración con otras Administraciones Públicas, y, en particular, a la Comisión Nacional del Sistema Eléctrico y, posteriormente, a la CNE.

Es destacable que en otros países del entorno europeo, si bien las autoridades de competencia pueden realizar consulta al organismo regulador energético, si así lo consideran necesario, no se prevé la obligación de solicitar informe preceptivo en cada concentración.

En el ámbito de las operaciones de concentración económica en los sectores energéticos, el método de análisis y los criterios mantenidos en dichos informes no vinculantes por la CNE, fue evolucionando en el tiempo hasta llegar a reproducir los de las autoridades *antitrust* nacionales y europeas²³.

Así, en los informes realizados por la CNE se destacaban, en su caso, los problemas vigentes en la regulación de los sectores energéticos afectados por la operación de concentración, la definición de los mercados relevantes²⁴ a partir de la información disponible dentro de la CNE y una valoración de las posibles barreras de entrada al mercado y de las dificultades que la operación podría acarrear para la competencia efectiva, atendiendo a la existencia de efectos horizontales, verticales y de conglomerado, así como de efectos coordinados, restricciones accesorias y de eficiencias alegadas por las empresas intervinientes en la operación. En su caso, el informe de la CNE incluía posibles compromisos que podían restaurar la situación de competencia previa a la operación. Dicho informe permitía a la CNC disponer de las consideraciones de la CNE como organismo especializado en la supervisión de los mercados energéticos, así como de otros conocimientos técnicos sobre la globalidad de los mercados energéticos afectados.

Por otra parte, la CNE disponía, en determinados casos, de información global de los mercados energéticos, más completa que la proporcionada por el propio notificante. Dicha información procedía de bases de datos disponibles por la propia CNE y eran aportados, bien en los análisis incluidos en los correspondientes informes preceptivos, bien en aquellas solicitudes de información efectuadas por la propia CNC durante la tramitación de los expedientes de control de concentraciones en sectores energéticos, de acuerdo con el art. 39 de la LDC²⁵.

La Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, sustituía el carácter «preceptivo» por el de «determinante» para los informes no vinculantes del regulador en el sentido de que la CNC, receptor del informe, al

²³ Véase, por ejemplo, el informe de la CNE sobre la operación de concentración C/98/08/Gas Natural/Unión Fenosa <http://www.cne.es/cgi-bin/BRSCGI.EXE?CMD=VERDOC&BASE=PUBL&DOCR=5&SORT=-FECH&RNG=20&SEPARADOR=&&op=Y&op=Y&op=Y&MATE-C=FUSIONES&op=Y&op=Y&op=Y>.

²⁴ No se identificaban mercados no energéticos en donde la CNE no era competente como autoridad reguladora aunque estuvieran afectados/relacionados con dicha operación de concentración.

²⁵ Por ejemplo, en el Informe y propuesta de resolución del expediente C/366/11 Cepsa/Chesa, se cita la solicitud a la CNE del informe previsto en el art. 17.2.c) de la LDC, así como dos solicitudes de información adicionales a la aportada en su informe anterior, señalando que la CNE no dispone de los datos sobre los suministros de producto refinado de las Islas Canarias desde la Península en relación al mercado de aprovisionamiento o primera venta de productos refinados. <http://www.cncompetencia.es/Inicio/Expedientes/tabid/116/Default.aspx?sTipoBusqueda=3&PrPag=1&PagSel=1&Numero=C%2f0366%2f11&Ambito=Concentraciones>.

resolver sobre una concentración «sólo podría disentir de su contenido de forma expresamente motivada»²⁶.

Si bien el carácter determinante del informe preceptivo se establece con la Ley 2/2011, puede verse que previamente a que el informe de la CNE tuviera carácter determinante, en las Resoluciones de la CNC se reflejaba el disentimiento motivado respecto de algunas consideraciones sobre los problemas detectados en la operación de concentración y en la propuesta de compromisos del informe del organismo regulador²⁷. Cabe señalar que la información relativa a las características de la operación para la realización del informe preceptivo por la CNE, se correspondía, básicamente, con la incluida en la fase de la notificación, no disponiendo de aquella otra que de forma complementaria fuera remitida por el notificante a la CNC, de los resultados del test de mercado o de la información requerida por la CNC en fases posteriores a la notificación si la operación de concentración era determinada con compromisos.

En general, como puede comprobarse en el Anexo del presente informe, no se registraron diferencias significativas entre los enfoques en el análisis y la valoración de las concentraciones empresariales en los sectores de gas y electricidad entre la CNE y la CNC. Los criterios de definición de los mercados relevantes, así como el tipo de efectos analizados (horizontales, verticales y de conglomerado) tendían a coincidir. No obstante, en casos muy concretos, los problemas detectados en los mercados energéticos resultantes de las operaciones de concentración y, por tanto, las propuestas de remedios, no han coincidido con los establecidos en las resoluciones de la CNC. En el caso de la operación de absorción de Unión Fenosa por parte de Gas Natural en 2008, autorizada por la CNC con compromisos, las diferencias entre los compromisos reflejados en la Resolución de la CNC de 11 de febrero de 2009 y los propuestos por la CNE en su informe preceptivo se debían básicamente a la valoración de la existencia de efectos coordinados en el mercado de generación eléctrica y al grado efectivo de competencia y apertura del mercado mayorista de gas que pudiera justificar o no la introducción de compromisos de cesión de gas por parte de Gas Natural o de actuación obligatoria como *market maker*.

No obstante, cabría reseñar las diferencias observadas entre las valoraciones y conclusiones de la CNE y de la CNC (previamente, del Tribunal de Defensa de la Competencia) en las siguientes operaciones entre empresas energéticas, notificadas aunque finalmente no ejecutadas. En primer lugar, el intento de fusión Unión Fenosa/Hidrocarbónico en 2000²⁸, denegado

²⁶ Según el art. 83.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, el carácter determinante de un informe supone que de no emitirse el informe en el plazo señalado no se podrán proseguir las actuaciones, en cuyo caso se podrá interrumpir el plazo de los trámites sucesivos.

²⁷ Por ejemplo, véase la Resolución de la operación de concentración C-0098/08/Gas Natural/Unión Fenosa, <http://www.cncompetencia.es/Inicio/Expedientes/tabid/116/Default.aspx?sTipoBusqueda=3&PrPag=1&PagSel=1&Numero=C%2f0098%2f08&Ambito=Concentraciones>.

²⁸ Informe de la CNE 4/2000, de 26 de abril.

por el Gobierno, de acuerdo con el informe del extinto Tribunal de Defensa de la Competencia y con la propuesta de autorización de la operación por parte de la CNE. En segundo lugar, el intento de fusión entre Endesa/Iberdrola en 2000²⁹, autorizado con condiciones por el Gobierno, con propuesta de autorización de condiciones por parte del Tribunal de Defensa de la Competencia y con el informe favorable de la CNE sobre la operación de concentración subordinada a determinadas condiciones. Y en tercer lugar, el intento de fusión entre Gas Natural y Endesa en 2005³⁰, donde el Acuerdo de Consejo de Ministros se separó de la recomendación de denegación del Tribunal de Defensa de la Competencia y, en línea con el informe de la CNE, autorizó la operación sujeta a condiciones.

Se puede concluir, por tanto, que los informes preceptivos no vinculantes proporcionaban a la autoridad de competencia la valoración de la operación de concentración por el organismo regulador energético y facilitaban que la CNC dispusiera de información de contraste con la aportada por el notificante a efectos de comparar sus datos de cuotas de mercados y de sus competidores. Dichos informes no vinculantes sobre operaciones de concentración en los sectores energéticos, facilitaban a la CNC, como máxima autoridad en la instrucción y resolución de las operaciones de concentración de ámbito nacional, la opinión del organismo regulador sectorial en el ámbito de sus funciones, sobre los posibles problemas que pudieran derivarse en el ámbito de la operación de concentración para la competencia efectiva así como, en su caso, la propuesta de posibles remedios. Cabe subrayar que la solicitud por la autoridad de competencia de dichos informes preceptivos o de cualquier información adicional a la CNE, como organismo regulador energético, suspendía el trascurso de los plazos máximos para resolver por la CNC, alargándose los plazos para la resolución de las operaciones de concentración de mayor entidad.

Por último, adicionalmente, cabe destacar el papel desarrollado por la CNE como organismo supervisor de los mercados energéticos, en relación con la vigilancia de los compromisos impuestos por la CNC en determinadas operaciones de concentración de empresas energéticas³¹.

²⁹ Informe de la CNE de 28 de noviembre de 2000.

³⁰ En el informe de 20 de diciembre de 2005 de la CNE se indica, referido al carácter del informe de la CNE de acuerdo con el procedimiento establecido en la Ley 16/1989 «teniendo en cuenta este sistema de control de concentraciones, en el que el Gobierno puede imponer condiciones directamente sin necesidad de atender a la presentación de compromisos por las partes, y habida cuenta que la opinión de esta Comisión es la de aprobar la operación someténdola a determinadas condiciones. Se detallan a continuación las conclusiones del análisis para cada mercado, así como las condiciones concretas a imponer», http://www.cne.es/cne/contenidoSinHijos.jsp?id_nodo=110&&keyword=&auditoria=F.

³¹ Véase, por ejemplo, N-04073/Disa/Shell Peninsular/Shell Atlántica, que preveía la remisión semestral a la CNC de un informe de la CNE que reflejara la evolución de los precios semanales medios de venta al público de carburantes en Canarias y C-468/12/Disa/Shell/SAE/JV.

4. LA LEY 3/2013 Y LOS CAMBIOS INTRODUCIDOS EN LA TRAMITACIÓN DE LAS OPERACIONES DE CONTROL DE CONCENTRACIÓN EN EL SECTOR ENERGÉTICO

La Ley 3/2013 introduce cambios en la tramitación de los expedientes en materia de control de concentraciones y, en particular, en relación a las empresas en sectores energéticos. De hecho, al integrarse en un mismo organismo las anteriores CNC y CNE, decae, y así se refleja con la derogación del art. 17 de la LDC, la coordinación de la CNC con los organismos sectoriales y, en concreto, la elaboración del informe no vinculante por parte del organismo regulador energético a la autoridad de competencia.

La Ley 3/2013 y el RD 657/2013 establecen que el Consejo de la CNMC actuará en Pleno y en Salas, una dedicada a asuntos de competencia y otra a asuntos de supervisión regulatoria. Dichas Salas conocerán los asuntos que no estén atribuidos expresamente al Pleno: la Sala de competencia conocerá de los asuntos relacionados con la aplicación de la Ley 15/2007 y con la actividad de la promoción de competencia de acuerdo con lo dispuesto en el art. 5 de la Ley 3/2013, y la Sala de supervisión regulatoria conocerá de los asuntos relacionados con la aplicación de los arts. 6 a 12 de la Ley 3/2013 y del informe previsto por el apartado 7 de su Disposición Adicional novena.

Por otra parte, según el art. 19 del RD 657/2013, la Dirección de competencia es el órgano encargado, conforme a la Ley 3/2013, de las funciones de instrucción de expedientes, investigación, estudio y preparación de informes de la CNMC en materia de procedimientos de defensa de la competencia, de conductas restrictivas de la competencia y de control de concentraciones regulados en la LDC. Asimismo, el art. 23 del Estatuto orgánico determina que la Dirección de Energía es el órgano encargado de las funciones de instrucción de expedientes de la CNMC en aplicación de la Ley 54/1997, del sector eléctrico³² y de la Ley 34/1998, del sector de hidrocarburos.

Adicionalmente, la Ley 3/2013 diseña mecanismos de cooperación entre los ámbitos de regulación y de competencia de los sectores regulados con el fin de asegurar la coherencia en la aplicación de las normativas sectoriales y de competencia, así como para extraer las sinergias en los procedimientos que pudieran afectar a ambas Salas. En particular, en el art. 21 de la citada Ley se prevé como un mecanismo de coordinación la emisión de informes preceptivos entre ambas Salas y que denominaremos aquí «informes cruzados».

Reglamentariamente se determinan los supuestos en los que, correspondiendo el conocimiento de un asunto a una de las Salas, deberá informar a la otra con carácter preceptivo. Así, el Real Decreto 657/2013, de 30 de

³² Ley derogada, salvo las Disposiciones Adicionales sexta, séptima, vigesimaprimer y vigesimatercera, por la Disposición Derogatoria única.1.a) de la Ley 24/2013.

agosto, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la CNMC, establece en su art. 14.2 los supuestos concretos en los que debe solicitarse informe y en el art. 12.2 los asuntos que en todo caso serán competencia del Pleno formado por ambas Salas, incluyendo expresamente «aquellos en que se manifieste una divergencia de criterio entre la Sala de Competencia y la de Supervisión regulatoria» y «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».

En todo caso, deberá emitirse «informe cruzado», por la Sala de competencia, en los procedimientos que afecten al grado de apertura, la transparencia, el correcto funcionamiento y la existencia de una competencia efectiva en los mercados. Asimismo, la Sala de supervisión regulatoria emitirá «informe cruzado» en los procedimientos en materia de defensa de la competencia que estén relacionados con los sectores regulados y, en particular, en materia de energía. En relación con este último punto, la Sala de supervisión regulatoria debe emitir «informe cruzado» en aquellos expedientes de control de concentraciones en sectores regulados y, entre ellos, los relativos a las empresas que operan en los sectores energéticos.

En todo caso, frente a los informes determinantes no vinculantes, que anteriormente se emitían por los organismos reguladores sectoriales, los informes cruzados entre Salas de la CNMC no suspenden el plazo máximo de resolución de los procedimientos, en beneficio del administrado. En concreto, en materia de concentraciones del sector energético, el anterior informe no vinculante que debía enviar la CNE a la CNC en materia de concentraciones del sector energético es sustituido con la Ley 3/2013 por un informe preceptivo de la Sala de Supervisión regulatoria, y no suspende el plazo de la correspondiente resolución.

No obstante, la Ley y el Estatuto orgánico no se pronuncian sobre el contenido y procedimientos en la tramitación de estos informes preceptivos. Por tanto, se deberán definir internamente los mecanismos de cooperación entre Salas para el desarrollo y efectividad de dichos aspectos.

El contenido de los «informes cruzados» en materia de concentraciones en los sectores energéticos podría, en nuestra opinión, mantener un carácter meramente técnico e incluir toda aquella información necesaria sobre los mercados relevantes afectados, de forma similar, con anterioridad a la aplicación de la Ley 3/2013, a los informes no vinculantes de la CNE a la CNC. El informe cruzado en materia de concentraciones energéticas, más que pronunciarse sobre aspectos concernientes a la operación de concentración, cuya decisión corresponde a la Sala de competencia, podrá aportar la información de mercados energéticos afectados por la concentración, la explicación de la regulación vigente en dichos sectores y todo análisis específico y técnico que merezca contribución del propio informe y propuesta de resolución de la Dirección de competencia y de la resolución que dicte

la Sala de competencia, sin menoscabo de las funciones que la Ley 3/2013 atribuye a cada Sala y Dirección dentro de la CNMC.

En todo caso, el «informe cruzado» en materia de concentraciones de empresas de los sectores energéticos queda supeditado a un enfoque de defensa de la competencia. En este sentido, en dicho informe se podría, en nuestra opinión, incorporar aquellos elementos utilizados en el pasado en los informes preceptivos remitidos por la CNE a la CNC. Por ejemplo, dichos informes pueden revisar los mercados afectados, el cálculo de las cuotas de mercado aportadas por el notificante, sirviendo de comprobación la información disponible, los conocimientos y las bases de datos de la Dirección de Energía de la CNMC, así como la consideración de todos aquellos aspectos técnicos del mercado energético objeto de la concentración económica y de la regulación vigente, que puedan ser aportados en la operación notificada.

Por otra parte, internamente se deberá asegurar una coordinación eficiente dentro de las distintas Direcciones de la CNMC con el objetivo de minimizar tiempos en la tramitación de los expedientes. En todo caso, no debe perderse la calidad en los informes preceptivos para efectuar, por ejemplo, el contraste de los datos aportados por el notificante sobre los mercados afectados, con aquellos otros disponibles internamente en la propia CNMC.

5. UN EJEMPLO DE COOPERACIÓN NO REGLADA EN EL ÁMBITO DE LAS OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN EN MATERIA ENERGÉTICA: C/550/2014/REPSOL/PETROCAT

La exigencia de un enfoque integrador de regulación y competencia en los procedimientos que se tramiten por la CNMC en sectores regulados tales como los energéticos debe garantizar, por otra parte, la agilidad del procedimiento y la debida seguridad jurídica de los agentes que tomen parte en los mismos.

Por ello, además de la cooperación prevista reglamentariamente, a partir de los informes cruzados entre Salas de la CNMC y, en particular, mediante los informes preceptivos de la Sala de supervisión regulatoria en materia de control de concentraciones, se hace necesario, también, en el seno de la nueva Comisión, una intensa coordinación que necesariamente debe partir de la cooperación informal, no reglada, entre Direcciones y Subdirecciones de la propia CNMC. En términos de la propia Ley, en su exposición de motivos, uno de los objetivos de la integración es disponer de las mayores garantías y calidad de los trabajos que deba realizar la CNMC. Por ello, es relevante que la información de carácter técnico sobre sectores regulados, y en particular de los de energía, sirva para fundamentar y dar mayor robustez a los análisis que se efectúen en materia de competencia, tanto en la instruc-

ción por la Dirección de competencia como en la resolución por la Sala de competencia de la CNMC.

En el año de vida de la nueva Comisión, son muchas las ocasiones en las que se ha puesto de manifiesto la necesidad de esta cooperación no reglada, dirigida a maximizar las sinergias del nuevo organismo y minimizar los tiempos y trámites internos para ello.

Un ejemplo de ello en materia de operaciones de concentración en sectores de la energía se refiere al expediente C-550/14 Repsol/Petrocat, que culminó con la autorización de la toma de control exclusivo de Petrocat por Repsol subordinada a los compromisos presentados por el notificante. Si bien, tal y como establece la Ley 3/2013 y el Real Decreto 657/2013, la instrucción del expediente recayó en la Dirección de competencia y su resolución en la Sala de competencia de la CNMC, la incidencia de la operación en el sector de hidrocarburos líquidos, y en particular en el mercado de distribución de carburantes a través de estaciones de servicio, hacía no sólo necesaria sino especialmente beneficiosa la contribución de la Dirección de Energía en la disponibilidad de información y en el análisis de los efectos de la operación, concretamente, de los precios en los entornos de influencia competitiva en los que se registraban solapamientos entre las estaciones de servicio de las partes.

Tal y como se indica en el Informe y propuesta de Resolución del expediente C-550/14/Repsol/Petrocat³³ la Dirección de competencia solicitó a la Dirección de energía de la CNMC tanto información como el análisis comparativo de precios de carburantes correspondientes a un periodo de tiempo de una muestra representativa de estaciones de servicio del adquirente y adquirido, con el objeto de analizar el impacto en precios de las estaciones de servicio objeto de la operación. A ello se añadieron cuestiones sobre el carácter de los vínculos contractuales en las estaciones de servicio, el volumen de ventas en distintos entornos, la situación de las estaciones de servicio objeto de la operación de concentración, la operativa de las mismas, etc. Todo ello ha permitido disponer de un elemento de contraste con la información de la propia notificación de la operación de concentración, así como profundizar sobre aquellos obstáculos que la operación podría suponer en la competencia efectiva en el mercado referido.

En consecuencia, surge una oportunidad con la creación de la CNMC de utilizar la mejor información disponible en las distintas Direcciones pertenecientes a una misma entidad, para analizar las conductas y operaciones de concentración en los sectores energéticos con las máximas garantías para la autoridad de competencia, todo ello sin el aumento de los plazos de tramitación, en beneficio de los agentes administrados.

³³ Véase el epígrafe VI.3 de precios del mercado de distribución minorista de carburantes de automoción a través de EESS en el Informe y propuesta de Resolución C-550/14/Repsol/Petrocat. <http://www.cnmc.es/es-es/competencia/buscadorde/resoluciones.aspx?num=C/0550/14&ambito=Concentraciones&b=&p=18&ambitos=Concentraciones&estado=0§or=0&av=1>.

6. RETOS DE LA INTEGRACIÓN EN LA TRAMITACIÓN DE OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN EN MATERIA ENERGÉTICA

Tal y como se ha visto a lo largo del presente artículo, la creación de la CNMC plantea en nuestra opinión dos retos principales en tanto a la tramitación de las operaciones de concentración en materia energética, que también son extensibles en la supervisión de las conductas de los agentes.

El principal reto es el logro de una coordinación eficiente de los recursos de la CNMC para, tanto en conductas como en operaciones de concentración, servirse de aquella información disponible internamente y aprovechar los conocimientos técnicos de los mercados y regulación de los sectores energéticos entre Direcciones.

Dicha coordinación deberá ser efectiva y ágil, no sólo de cara a la tramitación y contenidos de los informes preceptivos que emita la Sala de supervisión regulatoria, sino también en toda colaboración no reglada que se precise durante la tramitación de los correspondientes expedientes, con la flexibilidad y la frecuencia que sean necesarias. En el año de funcionamiento de la CNMC esta colaboración no reglada está siendo utilizada en diferentes expedientes de concentración y de conductas de agentes en los sectores energéticos, como se ve reflejado en los correspondientes Informes y propuestas de Resoluciones.

En segundo lugar, en relación con el contenido de los informes preceptivos en materia de concentraciones energéticas, éstos deben ir diseñándose de forma que se incluya la información, los análisis y las consideraciones técnicas y regulatorias que permitan contrastar y completar datos aportados por el notificante, así como fundamentar y recabar informaciones relevantes para determinar si la concentración puede o no obstaculizar el mantenimiento de la competencia efectiva en los mercados de energía afectados por la operación.

7. CONCLUSIONES

La valoración de la incidencia de las operaciones de concentración sobre la competencia requiere un análisis de tipo prospectivo. Se trata de valorar si la concentración puede o no obstaculizar el mantenimiento de la competencia efectiva en los mercados afectados.

El papel de las autoridades reguladoras europeas en materia energética se justifica por su especialización de tipo técnico y por la mayor disponibilidad de información sobre los mercados, agentes que participan en los mismos y regulación que incide en los sectores energéticos objeto de supervisión.

La LDC identificaba a la CNC como autoridad de competencia encargada de «preservar, garantizar y promover la competencia efectiva en los

mercados en el ámbito nacional» y para instruir y resolver sobre las conductas restrictivas a la competencia y autorizar las concentraciones económicas. Asimismo, la Ley 2/2011 señalaba que el ejercicio de las funciones de la CNC se realizará «sin perjuicio de las competencias que la legislación vigente atribuye a los organismos sectoriales». La LDC, modificada por la Ley 2/2011, establecía el marco de colaboración y cooperación entre la CNC y los órganos sectoriales mediante la obligación de emisión de informes determinantes y envío de información por parte de organismos implicados.

Dicho ámbito de colaboración entre la autoridad de competencia y los organismos reguladores sectoriales, y en particular la CNE, pretendía garantizar la coherencia entre las intervenciones de la CNC, en el respecto de sus competencias de resolución e instrucción, y de la CNE en la defensa de la competencia en los sectores energéticos, como organismo especializado en la supervisión de los mercados energéticos. No obstante, la naturaleza de las funciones de la CNE en aplicación de la normativa sectorial y de la CNC en materia de defensa de la competencia hacía que, en algunos casos, pudieran existir duplicaciones y discrepancias entre las actuaciones de ambos organismos. Asimismo, la elaboración del informe preceptivo por la CNE suspendía el plazo máximo para la resolución de la operación de concentración.

La creación de la CNMC supone la integración, entre otros organismos, de las anteriores CNE y CNC, decayendo la coordinación y la elaboración de informes no vinculantes del organismo regulador sectorial a la autoridad de competencia. No obstante, la Ley 3/2013, en su art. 21 y el Real Decreto 657/2013 en su art. 14 introducen mecanismos de colaboración entre la Sala de supervisión regulatoria y la Sala de competencia de la CNMC, mediante la elaboración de informes preceptivos entre Salas en relación con determinados asuntos. En particular, en relación con las operaciones de concentración, la Sala de supervisión regulatoria debe emitir informe preceptivo a la Sala de competencia. El principal beneficio de la sustitución del informe no vinculante entre organismos por un informe preceptivo entre Salas de la CNMC para el notificante es que toda cooperación, tanto reglada como no reglada entre Salas y Direcciones de la CNMC, no suspende el transcurso de los plazos máximos para resolver por la Sala de la competencia de la CNMC. Este beneficio es extensible a los informes preceptivos en expedientes sobre conductas de agentes en el ámbito energético.

No obstante, la citada normativa no especifica los criterios y el contenido del «informe cruzado» de la Sala de supervisión regulatoria en materia de control de concentraciones. Dicho informe, más que pronunciarse sobre aspectos concernientes a la operación de concentración, cuya decisión corresponde a la Sala de competencia, podrá aportar la información de los mercados afectados por la concentración, de la regulación vigente en dichos sectores así como aquellos análisis específicos de carácter técnico, con contenidos similares a los de los informes no vinculantes previamente

elaborados por la extinta CNE. Las aportaciones deberán merecer la contribución a la instrucción que realice de dicho expediente la Dirección de competencia y a la resolución que dicte la Sala de competencia, sin menoscabo de las funciones que la Ley 3/2013 y el RD 657/2013 atribuyen a cada Sala y Dirección dentro de la CNMC.

Por último, del mismo modo que sucede en otros países del entorno europeo en donde en ellos existe una diferenciación institucional entre la autoridad de competencia y la autoridad reguladora nacional de los sectores de electricidad y gas natural, también para la nueva CNMC será un reto la coordinación interna que garantice la decisión más eficaz posible en el inicio de la instrucción de expedientes sobre conductas que puedan suponer una doble infracción —normativa sectorial y ley de defensa de la competencia—, en aras del cumplimiento de principio de seguridad jurídica.

ANEXO

Concentraciones en el sector de la energía con informe preceptivo de la CNE (expedientes recientes)

<i>Núm. Expte.</i>	<i>Empresas</i>	<i>Decisión</i>
C-018/07	Unión Fenosa/Marcial Chacón	Autorizada primera fase
C-022/07	Repsol/BP OIL/JV	Autorizada segunda fase sin compromisos
C-033/07	Repsol/BP activos	Autorizada primera fase
C-068/08	New Egara/EISSL	Autorizada primera fase
C-098/08	Gas Natural/Unión Fenosa	Autorizada segunda fase con compromisos
C-105/08	Naturgas/Gas Mérida	Autorizada primera fase
C-116/08	Saras/ERG Petróleo (Activos)	Autorizada primera fase
C-140/09	Acciona/Endesa Activos	Autorizada primera fase
C-157/09	Anselmo León/Electrodis. Castellano leonesas	Autorizada primera fase
C-176/09	Naturgas/Gas Natural	Autorizada primera fase
C-211/10	Galp/Gas Natural (activos)	Autorizada primera fase
C-212/10	Morgan Stanley/Gas Natural activos	Autorizada primera fase

<i>Núm. Expte.</i>	<i>Empresas</i>	<i>Decisión</i>
C-214/10	Enagas/BBG/JV	Autorizada primera fase
C-237/10	Endesa Gas/Distrib.Regional del Gas	Autorizada primera fase
C-261/10	Villar Mir/Céntrica	Autorizada primera fase
C-264/10	Diselcide/Electromolinera-Campusur	Autorizada primera fase
C-268/10	REE/Activos transporte Unión Fenosa	Autorizada primera fase
C-269/10	REE/Activos transporte Endesa	Autorizada primera fase
C-278/10	Enel/Eufer	Autorizada primera fase
C-282/10	Gas Natural Fenosa/Eufer	Autorizada primera fase
C-294/10	Enagás/Murphy/Gaviota	Autorizada primera fase
C-300/10	Goldman Sachs/Nubia	Autorizada primera fase
C-307/10	Enagás/Gaviota	Autorizada primera fase
C-336/11	Nmg/Bdg	Autorizada primera fase
C-338/11	Enagás/Activos Iberdrola	Autorizada primera fase
C-366/11	Cepsa/Chesa	Autorizada con compromisos en segunda fase
C-372/11	Isolux/T Solar Global	Autorizada primera fase
C-375/11	Endesa/Gem Suministro de Gas	Autorizada primera fase
C-391/11	Bridgepoint/Activos Eólicos	Autorizada primera fase
C-407/11	GDF Suez/Aesec/Aesco	Autorizada primera fase
C-417/11	Enagas/Endesa/Gascan	Autorizada primera fase
C-448/12	Madrileña Red de Gas/Iberdrola Distribución	Autorizada primera fase
C-452/12	Isolux/PSP	Autorizada primera fase
C-465/12	Iberdrola/Navasfrías y Gasnatural/Iberdrola Distribución	Autorizada primera fase

<i>Núm. Expte.</i>	<i>Empresas</i>	<i>Decisión</i>
C-468/12	Shell/Disa	Autorizada segunda fase con compromisos
C-472/12	Cristian Lay/Dicogexsa/Get	Autorizada primera fase
C-479/12	Enagas/Naturgas	Autorizada primera fase

INTRODUCCIÓN

El presente informe versa sobre el análisis de las concentraciones en el sector de la energía eléctrica en España, concretamente en el mercado de la electricidad. El análisis se centra en las operaciones de adquisición de acciones por parte de Shell/Disa, Cristian Lay/Dicogexsa/Get y Enagas/Naturgas. El informe se divide en tres partes: primero, se describe la estructura del mercado de la electricidad en España; segundo, se analiza el impacto de las operaciones de adquisición en el mercado; y tercero, se concluye sobre la compatibilidad de las operaciones con el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

El presente informe se basa en la información proporcionada por las empresas interesadas y en los datos públicos disponibles. No se ha realizado una investigación independiente.

El presente informe se refiere a las operaciones de adquisición de acciones por parte de Shell/Disa, Cristian Lay/Dicogexsa/Get y Enagas/Naturgas. El análisis se centra en el mercado de la electricidad en España. El informe se divide en tres partes: primero, se describe la estructura del mercado de la electricidad en España; segundo, se analiza el impacto de las operaciones de adquisición en el mercado; y tercero, se concluye sobre la compatibilidad de las operaciones con el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

El presente informe se refiere a las operaciones de adquisición de acciones por parte de Shell/Disa, Cristian Lay/Dicogexsa/Get y Enagas/Naturgas. El análisis se centra en el mercado de la electricidad en España. El informe se divide en tres partes: primero, se describe la estructura del mercado de la electricidad en España; segundo, se analiza el impacto de las operaciones de adquisición en el mercado; y tercero, se concluye sobre la compatibilidad de las operaciones con el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

COMPENSACIÓN DE DAÑOS PROVOCADOS POR EL CÁRTEL DEL AZÚCAR

Francisco MARCOS*

Professor of Law, IE Law School

1. INTRODUCCIÓN

La confirmación por la Sala 1.^a del Tribunal Supremo de indemnizaciones de alrededor más de cinco millones de euros por los daños y perjuicios ocasionados por el cártel del azúcar, cierra con éxito el primer caso de aplicación privada de la normativa de defensa de la competencia como consecuencia del cártel sancionado por el Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) en 1999 con una multa de 8,74 millones de euros¹. Aunque existe ya una experiencia de aplicación judicial de las disposiciones del Tratado de Funcionamiento de la UE (TFUE)² y de la legislación nacional en materia de defensa de la competencia en los últimos veinticinco años³, la mayoría de las reclamaciones entabladas se refieren a restricciones verticales (contratos de distribución) y las pocas que han resultado en condenas de indemnización de daños y perjuicios aluden a abusos de posición dominante⁴.

Además de constituir la primera reclamación *follow-on* exitosa de daños a raíz de un cártel en España, algunas particularidades del caso, que

* francisco.marcos@ie.edu. Algunas de las ideas que aquí se recogen habían sido inicialmente apuntadas en «Las indemnizaciones de daños derivadas del cártel del azúcar», *Osservatorio Antitrust*, 25 de enero de 2014 (disponible en <http://www.osservatorioantitrust.eu/es/las-indemnizaciones-danos-derivadas-del-cartel-del-azucar/>, visitada el 20 de octubre de 2014).

¹ La STS de 7 de noviembre de 2013 (ROJ STS 5819/2013) condena a Ebro Foods, S. A., a pagar 4.060.119,81 euros (a los que se han de añadir los intereses desde el 20 de abril de 2007 y las costas judiciales) reconocidos por esta sentencia, más los 900.264,66 euros (más intereses desde el 20 de abril de 2007 y las costas judiciales) con que la STS de 8 de junio de 2012 (ROJ STS 5462/2012) condenase a Acor, S.Coop. No consta que haya habido reclamaciones de daños contra Azucareras Reunidas de Jaén (ARJ), S. A., la otra compañía implicada en el cártel (*infra* n. 7).

² Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (DOCE núm. 326, de 26 de octubre de 2012, 47-199).

³ STS de 2 de junio de 2000, *José Carlos C. C. v. DISA & Prodalca* (RJ 2000/5092).

⁴ Permítase la referencia a nuestros «La aplicación privada del derecho de defensa de la competencia por los tribunales españoles», *Revista de Economía-ICE*, 2014, 876: 91-103 y, más ampliamente, «Competition Law Private Litigation in the Spanish Courts (1999-2012)», *Global Competition Litigation Review*, 4, 2013, pp. 167-208.

eventualmente pueden plantearse en el futuro otras reclamaciones privadas de *daños antitrust*, merecieron pronunciamientos por parte del Tribunal Supremo en los que parece oportuno detenerse. Tras describir brevemente las diversas instancias del caso (*infra* § 2), este trabajo analiza diversas cuestiones de interés que se plantean: el derecho a compensación de las víctimas de un cártel y otras prácticas anticompetitivas prohibidas (*infra* § 3), el fundamento jurídico de las reclamaciones de daños por ilícitos antitrust (*infra* § 4), el valor de las decisiones y pronunciamientos de las autoridades administrativas en sede de reclamaciones privadas de daños ante los tribunales civiles y mercantiles (*infra* § 5), la existencia y prueba del daño (*infra* § 6) y, finalmente, el cálculo del daño causado (*infra* § 7). La relevancia y oportunidad de las consideraciones vertidas por el TS en este caso es mayor, si cabe, a la vista de la reciente aprobación de la *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 UE*⁵, que puede conducir a un mayor número de reclamaciones de daños en el futuro.

2. EL CÁRTEL DEL AZÚCAR

Con el pronunciamiento contra Ebro de noviembre de 2013 concluyen las diversas acciones que siguieron, en última instancia, a la denuncia interpuesta el 10 de septiembre de 1996 ante el Servicio de Defensa de la Competencia (SDC) por varias asociaciones empresariales de fabricantes de dulces (galletas y pasteles), caramelos, chicles, chocolate y derivados del cacao, turroneos y mazapanes por el cártel del azúcar que operó en el mercado español en 1995 y 1996.

La denuncia ante el SDC dio lugar a la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) de 15 de abril de 1999 por la que se condenó a Ebro, Acor y Arj a una multa de 8,74 millones de euros por infringir el art. 101.1.a) del TFUE y el art. 1.1.a) de la Ley de Defensa de la Competencia (LDC 1989)⁶ al concertar los precios de venta del azúcar para usos industriales⁷. La resolución del TDC fue confirmada en todos sus extremos

⁵ La Directiva no se ha adoptado todavía finalmente, y está pendiente de la aprobación del Consejo, aunque ya es definitivo el texto salido del Parlamento Europeo, véase *Posición del Parlamento Europeo aprobada en primera lectura el 17 de abril de 2014 con vistas a la adopción de la Directiva 2014/.../UE 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 UE*. Véase C. ESTEVA, D. CALISTI y L. HAASBEEK, «Towards an Effective Right to Full Compensation: The Proposal for a Directive on Antitrust Damages Actions», *Anuario de la Competencia*, 2013, pp. 33-43.

⁶ Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (BOE núm. 170, de 18 de julio de 1989, 22747-22753).

⁷ Véase la resolución del TDC de 15 de abril de 1999 (426/98 Azúcar). La ejecución de la sanción contra ARJ se realizó a través de la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 12 de septiembre de 2006 (Ejecución 426/98, Azúcar-ARJ).

por la Audiencia Nacional y por el Tribunal Supremo⁸. Después, de acuerdo con el art. 13.2 de la LDC entonces vigente, una vez firme la resolución quedó abierta la vía civil para la reclamación de los daños que dicha práctica pudiera haber ocasionado⁹.

La resolución del TDC consideró acreditado que durante año y medio (entre febrero de 1995 y julio de 1996) se produjeron variaciones en los precios de venta del azúcar para usos industriales derivadas de un cártel de los productores, lo que corroboró con pruebas de intercambios de información y acuerdos de fijación de precios y de reparto de mercado de los cuatro productores que a la sazón operaban en el mercado español (Ebro, Azucarera, Acor y Arj). Ciertamente, la elevada concentración del mercado de producción de azúcar y la intervención y regulación del mismo por la Organización Común del Mercado (OCM) del azúcar [dentro de la Política Agraria Común (PAC)] contribuyen a dibujar el panorama en el que el surgió y operó el cártel¹⁰. Esas circunstancias (u otras análogas fuera de la UE) han convertido a la industria azucarera en un terreno fértil para las prácticas anticompetitivas. Son múltiples los expedientes sancionadores por cárteles y abusos de posición de dominio en este sector, así como las operaciones de concentración que han suscitado la intervención de las autoridades de competencia¹¹.

A raíz de la confirmación de la decisión del TDC, el 20 de abril de 2007 diversas empresas fabricantes de dulces (galletas y pasteles), caramelos, chicles, chocolate y derivados del cacao, turroneos y mazapanes, interpusieron reclamaciones judiciales ante los tribunales del orden jurisdiccional civil en Valladolid y Madrid. El propio TDC alertaba en su resolución sobre el grave perjuicio que el cartel habría supuesto para la industria española del dulce, dado el carácter indispensable del azúcar en su producción y el sobrecoste de este insumo frente a sus rivales en otros países de la UE¹².

⁸ Véanse las Sentencias de la Audiencia Nacional (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 6.ª) de 4 de julio de 2002, ACOR, Cendoj 28079230062002100315), de 13 de septiembre de 2002 (Ebro, Cendoj 28079230062002100899), de 6 de mayo de 2003 (ARJ, Cendoj 28079230062003101094) y de 3 de junio de 2003 (denunciantes, Cendoj 28079230062003101099) y SSTS (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 3.ª) de 26 de abril de 2005 (ACOR, Cendoj 28079130032005100141), de 26 de abril de 2005 (Azucarera EBRO, Cendoj 28079130032005100149) y de 22 de marzo de 2006 (ARJ, Cendoj 28079130032006100093), que sólo descartaron que la conducta constituyera también un abuso de posición dominante colectiva.

⁹ Sobre el art. 13.2 de la LDC 1989. Sobre este precepto, véase A. CREUS, «La privatización del Derecho de la Competencia», *Gaceta Jurídica de la Competencia*, 200, 1999, pp. 55-56

¹⁰ Permítase la referencia al análisis detallado sobre el particular en F. MARCOS, «Damages' Claims in the Spanish Sugar Cartel», *Journal of Antitrust Enforcement*, en prensa (§1), 2015 (una versión previa del artículo puede consultarse en *Working Paper-IE Law School, AJ-213-I*).

¹¹ No sólo en la UE y en los distintos Estados miembros, sino en prácticamente cualquier otra jurisdicción que cuente con normativa de defensa de la competencia, véase también *ibid*.

¹² Véase AH38 *in fine* de la resolución del TDC de 15 de abril de 1999, *supra* n. 8 («El perjuicio derivado de esta situación es especialmente grave a causa de la intensa actividad exportadora de la industria del dulce»). El perjuicio total habría ascendido a 25 millones de euros según OCDE, *Fighting Hard Core Cartels: Harm, Effective Sanctions and Leniency Programs*, 2002, 97 (aunque no se explican los cálculos que permiten alcanzar esa cantidad).

Por ello, los demandantes instaban a Ebro Azucarera y a Acor a que compensaran los daños que habían experimentado en la adquisición de azúcar para la fabricación de dulces (galletas y pasteles), caramelos, chicles, chocolate y derivados del cacao, turrones y mazapanes. Dado que el azúcar es uno de los principales insumos que esas empresas emplean en el proceso productivo y que la existencia y funcionamiento del cártel supuso que tuvieron que pagar precios más elevados por el azúcar entre febrero de 1995 y julio de 1996, las indemnizaciones reclamadas comprendían el importe del sobreprecio pagado.

Tras superar todas las instancias judiciales (primera instancia y apelación en la Audiencia Provincial (véase *infra*), transcurridos más de diecisiete años desde que se realizaran las prácticas anticompetitivas prohibidas por el TFUE y por la LDC, el Tribunal Supremo otorgó a los reclamantes las cantidades que solicitaban.

Algunas de las cuestiones que las reclamaciones planteaban han perdido relevancia en el tiempo transcurrido desde su interposición dadas las sustanciales modificaciones que la normativa y jurisprudencia en materia de defensa de la competencia (española y UE)¹³ —principalmente en lo relativo a la aplicación de la misma— han experimentado en este tiempo, pero algunas de las afirmaciones de los dos últimos pronunciamientos del Tribunal Supremo presentan gran interés para el futuro de las reclamaciones privadas de daños *antitrust* en España.

3. EL DERECHO A COMPENSACIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE UN CÁRTEL Y OTRAS PRÁCTICAS ANTICOMPETITIVAS PROHIBIDAS

El Tribunal Supremo reafirma el principio general del derecho a compensación del perjuicio de quien sufre un daño por una conducta o práctica restrictiva de la competencia como manifestación del principio general de compensación por daños causados por una actuación ilícita y derecho del perjudicado a una indemnización¹⁴.

Como ha establecido el Tribunal de Justicia de la UE en varias sentencias, este derecho es una consecuencia del efecto directo de las disposiciones del TFUE en materia de competencia en las relaciones y en los litigios entre particulares¹⁵. El derecho al pleno resarcimiento de las víctimas de

¹³ A nivel UE se ha producido un cambio radical en el sistema de aplicación de los arts. 101 y 102 del TFUE por virtud del Reglamento (CE) núm. 1/2003, 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 núm. L 1/2003, de 4 de enero, 1-25). En España se aprobó una legislación de defensa de la competencia con modificaciones sustanciales en el plano institucional y posibilitando el efecto y aplicación directa de las prohibiciones de prácticas anticompetitivas en la jurisdicción civil/mercantil; véase la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (BOE núm. 159, de 4 de julio de 2007, 28848-28872).

¹⁴ Véase FD 5º.1 de la STS de 7 de noviembre de 2013 (*supra* n. 1).

¹⁵ Véanse § 26 de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 20 de septiembre de 2001 (C-453/99, *Courage Ltd v Bernard Crehan*), ECR 2001-I 6314 («La plena eficacia del art. 85 del Tratado

RECLAMACIONES JUDICIALES DE DAÑOS POR EL CÁRTEL DEL AZÚCAR

<i>Valladolid (Acor)</i>	<i>Fecha</i>	<i>Indemnización (€)</i>	<i>Éxito %</i>
Demanda	20 de abril de 2007	900.264,66 + intereses desde demanda + costas	
Primera Instancia (núm. 11)	20 de febrero de 2009	0	0
A. Provincial (Sec. 4) núm. 261/2009	9 de abril de 2009 ^a	900.264,66 + intereses desde demanda + costas	100
Tribunal Supremo (Sala Civil) ^b , núm. 304/2012	8 de junio de 2012	900.264,66 + intereses desde demanda+ costas	100

<i>Madrid (Ebro)</i>	<i>Fecha</i>	<i>Indemnización (€)</i>	<i>Éxito %</i>
Demanda	26 de abril de 2007	4.060.119,81+ intereses desde de demanda+ costas	
1.ª Instancia (núm. 50), núm. 59/2010	1 de marzo de 2010	2.030.059,90 + intereses	50
A. Provincial (Sec. 8) ^c , núm. 370/2011	3 de octubre de 2011	0	0
Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), núm. 651/2013	7 de noviembre de 2013	4.060.119,81 + intereses desde de demanda+ costas	100

^a Véase P. PÉREZ, «A Spanish Court provides for the first time ever for compensation of damages caused by a cartel (Sugar Cartel)», *e-Competitions*, 2007, 40557.

^b Véanse P. PÉREZ y T. SCHREIBER, «Case Comment: Judgment of the Spanish Supreme Court in ACOR (344/2012) JUNE 8, 2012», *Global Competition Litigation Review*, vol. 1, 2013, 37-41; y P. PÉREZ, «The Spanish Supreme Court confirms the Judgment of the Valladolid Provincial Court in the sugar cartel (Nestlé, Gullón, Zahor)», *e-Competitions*, 2012, 49040.

^c Véase P. PÉREZ, «The Provincial Court of Madrid accepts the passing-on defence in the sugar cartel», *e-Competitions*, 2011, 51098.

y, en particular, el efecto útil de la prohibición establecida en su apartado 1 se verían en entredicho si no existiera la posibilidad de que cualquier persona solicite la reparación del perjuicio que le haya irrogado un contrato o un comportamiento susceptible de restringir o de falsear el juego de la competencia); § 83 de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 13 de julio de 2006 (C-298/04, *Vincenzo Manfredi v Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA*), ECR 2006-I 6619 («el art. 81 CE debe interpretarse en el sentido de que legitima a cualquier persona para invocar la nulidad de un acuerdo o práctica prohibidos por dicho artículo y, cuando exista una relación de causalidad entre este acuerdo o práctica y el perjuicio sufrido, para solicitar la reparación de dicho perjuicio»); §§ 41-42 de la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de la UE, de 6 de noviembre de 2012 (C-199/11, *Europese Gemeenschap & Otis, General Technic-Otis, Jone, Schindler, Thyssenkrupp*), ECLI:EU: 2012:684 y §§ 21-22 de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE (Sala 5.ª) de 5 de junio de 2014 (C-557/12, *Kone, Otis, Schindler, ThyssenKrupp & ÖBB-Infrastruktur*).

prácticas prohibidas por el derecho de defensa de la competencia (UE y nacional) figura en el frontispicio de la Directiva *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 UE*¹⁶.

4. EL FUNDAMENTO JURÍDICO DE LAS RECLAMACIONES DE DAÑOS POR ILÍCITOS *ANTITRUST*

Las reclamaciones de daños provocados por infracciones del Derecho de defensa de la competencia son acciones de responsabilidad extracontractual; sin que la existencia de un vínculo contractual entre el infractor y la víctima pueda conducir a la construcción de una responsabilidad contractual. Para el Tribunal Supremo el daño trae causa en una infracción de la normativa de competencia (UE y/o nacional) y no en una violación de los deberes contractuales¹⁷.

Al margen de las relevantes implicaciones sustantivas de lo anterior, el carácter extracontractual tiene consecuencias para la construcción de la acción judicial de reclamación y para el régimen de prescripción de la acción. Como es sabido, las acciones de responsabilidad extracontractual tienen un plazo de prescripción de un año desde que la víctima tuvo conocimiento de la infracción y del perjuicio sufrido¹⁸. En cualquier caso, la Directiva relativa a determinadas normas por las que se rigen las demandas por daños y perjuicios por infracciones de las disposiciones del Derecho de la

¹⁶ «Los Estados miembros velarán por que cualquier persona física o jurídica que haya sufrido un perjuicio ocasionado por una infracción del Derecho de la competencia puede reclamar y obtener el pleno rendimiento» (art. 2.1 de la Directiva, *supra* n. 5).

¹⁷ Véase FD 12.º de la STS de 8 de junio de 2012, *supra* n. 1 («la acción ejercitada en la demanda no se dirigió a obtener la reparación de un daño producido por incumplimiento o cumplimiento defectuoso de cualquiera de los deberes contractuales generados por los mencionados contratos de compraventa, fueran los expresamente pactados o se tratara de deberes accesorios de conducta nacidos de la buena fe o de los usos negociales —tampoco a la declaración de la invalidez de dichos contratos—, sino que, [...] la acción tuvo por objeto que las demandantes obtuvieran de la demandada el resarcimiento de los daños y perjuicios derivados de los acuerdos prohibidos por el art. 1, apartado 1, letra a), de la [LDC], en cuanto instrumentos de concertación horizontal restrictivos del libre juego de la autonomía empresarial en la determinación de uno de los elementos esenciales de las posteriores compraventas que acercaron el producto al consumidor final»). El Juzgado de primera instancia de Valladolid había considerado, en cambio, que se trataba de una responsabilidad por culpa *in contraendo* de carácter contractual (o que, en última instancia, la *causa petendi* era «intrascendente», véase FD 3.º, párrs. 2 y 3), véanse M.º P. BELLO, «Una explicación sobre la posibilidad de alegar responsabilidad contractual en acciones de daños derivados de infracciones de la LDC: a propósito del caso Acor», en J. A. GÓMEZ y A. GARCÍA (eds.), *El Derecho mercantil en el umbral del siglo XXI. Libro homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández-Novoa con motivo de su octogésimo cumpleaños*, Madrid, Marcial Pons, 2000, pp. 266-268, y A. ROBLES, «Las reclamaciones de daños y perjuicios causados por infracciones del Derecho de la competencia: Comentario a la STS de 23 de noviembre de 2013, Sala de lo Civil, en el asunto del cártel del azúcar», *Actas de Derecho Industrial y Derecho de autor*, 34, 2013-2014, en prensa (§ II).

¹⁸ Véanse los arts. 1.968 y 1.969 del Código Civil (Real Decreto de 24 de julio de 1989, por el que se publica el Código Civil). Sobre la interpretación del *dies a quo* en este tipo de acciones, véanse FFDD 5.º a 7.º de la STS de 4 de septiembre de 2013, núm. 528/2013 (ROJ STS 4739/2013), *Energy Vm Gestión de Energía S. L. U. v. Iberdrola Distribución Eléctrica, S. A. U.*

competencia de los Estados miembros y de la UE supondrá un significativo cambio en esta situación, pues amplía el plazo de prescripción hasta un mínimo de cinco años desde que la víctima tuvo conocimiento o pudo tener conocimiento de la conducta del infractor y del perjuicio que la infracción le ocasionó¹⁹.

5. EL VALOR DE LAS DECISIONES Y PRONUNCIAMIENTOS DE LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS PARA LAS RECLAMACIONES PRIVADAS DE DAÑOS ANTE LOS TRIBUNALES CIVILES Y MERCANTILES

Cuando la reclamación de daños sigue a la sanción de las autoridades administrativas por la infracción del Derecho de defensa de la competencia (*follow-on claim*), se suscita la duda del valor que aquellos pronunciamientos puedan tener respecto de la reclamación civil²⁰. La cuestión es particularmente relevante en atención a las dificultades que las víctimas de las prácticas anticompetitivas normalmente afrontan para conocer y probar la existencia de una infracción de las normas de defensa de la competencia y las circunstancias en las que esas conductas tienen lugar.

En este caso el Tribunal Supremo sentencia que los hechos probados en el marco del procedimiento sancionador, una vez confirmados en la vía judicial (contencioso-administrativa), vinculan en la jurisdicción civil: «El escenario fáctico sobre el que se dictan las resoluciones de una y otra jurisdicción es, en cuanto a la existencia de una práctica restrictiva de la competencia, el mismo, porque en la jurisdicción civil se solicita la indemnización de los daños y perjuicios causados por el cártel cuya actuación fue el objeto de la sentencia dictada por la jurisdicción contencioso-administrativa, que enjuició la conducta anticoncurrencial desde el punto de vista del Derecho administrativo sancionador»²¹.

En efecto, en la medida en que los hechos y la infracción sobre los que se construye la reclamación de daños sean los mismos, y no hubiera otros elementos de prueba adicionales que permitieran una valoración distinta²², los tribunales civiles no pueden separarse de los hechos considerados pro-

¹⁹ Véase el art. 10 de la Directiva *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 UE* (*supra* n. 5).

²⁰ Sobre todo cuando se trata de decisiones de la autoridad nacional de defensa de la competencia, porque respecto de las decisiones de la Comisión Europea la solución se establece de manera meridiana en el art. 16.1 del Reglamento 1/2003 (*supra* n. 15). Véase I. SANCHO GARGALLO, «Ejercicio privado de acciones basadas en derecho comunitario y nacional de la competencia», *Indret*, 1/2009, pp. 25-26.

²¹ Véanse FFDD 3.º a 5.º de la STS de 7 noviembre de 2013.

²² Un buen ejemplo de cuando esa diferencia puede existir es la Sentencia núm. 88/2014 del Juzgado de lo Mercantil núm. 12 de Madrid, de 9 de mayo de 2014, *Musaat v. Asefa, Caser t Scor* (ROJ SJM M118/2014), como apuntamos en «Indemnización de daños y perjuicios por boicot a raíz cártel del seguro de daños decenal (SDD): Notas a propósito de la sentencia del Juzgado Mercantil núm. 12 de Madrid, de 9 de mayo de 2014 (*Musaat v. Asefa, Caser y Scor*)», *La Ley Mercantil*, 29 de julio de 2014 (§§ 3.1 y 3.2).

bados por la jurisdicción-contencioso-administrativa y la valoración que ésta realizaba sobre la ilicitud de los mismos (con arreglo a la LDC y al TFUE). Por ello, el TS consideró inadmisibles que la Audiencia Provincial de Madrid contradijese la decisión firme (y confirmada por el TS) al estimar que pudo no existir infracción de la normativa de defensa de la competencia²³.

6. LA EXISTENCIA Y PRUEBA DEL DAÑO. EL TRASLADO DEL DAÑO AGUAS ABAJO

Sentada la existencia de infracción de la normativa de competencia en el procedimiento de aplicación pública previo (*supra* § 5), corresponde a las víctimas acreditar los daños que la misma les ha ocasionado²⁴. Como es natural, el éxito de las reclamaciones de daños *antitrust* requiere que la realización de una práctica anti-competitiva prohibida por el Derecho de la competencia vaya acompañada de un daño, que ha de ser probado por quien interpone la acción de daños y perjuicios.

El reclamante debe acreditar en su demanda los perjuicios que la conducta infractora le han provocado y hacer una estimación de los mismos, y con ese material fáctico, el juzgador podrá adoptar su decisión.

En teoría el daño comprende tanto el perjuicio directamente causado mediante el sobreprecio cobrado por la existencia del cártel (*daño emergente*), lo que también se conoce como «efecto precio», como el eventual *lucro cesante*²⁵ derivado del posible efecto negativo del cobro del sobreprecio en una menor cantidad de producción y venta, lo que se conoce como «efecto cantidad» (para lo cual es crucial la estimación del posible traslado por los fabricantes a otros mercados *aguas abajo*, perjudicando a otros agentes o a los consumidores)²⁶. No obstante, en este caso los fabricantes de dulces limitaron su reclamación al daño emergente o importe del sobreprecio²⁷.

Adicionalmente, con el propósito de facilitar y propiciar este tipo de reclamaciones de daños por parte de las víctimas de infracciones de las normas de defensa de la competencia, el Tribunal Supremo parece presumir

²³ Véase FD 4.º de la Sentencia núm. 370/2011, de la Audiencia Provincial de Madrid (Sala de lo Civil, Sección 8.ª), de 3 de octubre.

²⁴ Véase el art. 217.2 y 3 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE núm. 7, de 8 de enero de 2000, 575-728).

²⁵ Sobre la necesidad de que la compensación incluya el lucro cesante, véanse §§ 95-96 de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 13 de julio de 2006 (C-298/04, *Vincenzo Manfredi v Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA*, *supra* n. 17).

²⁶ Como bien explican respecto del mismo caso que aquí se comenta, J. DELGADO y J. A. GARCÍA, «Estimación de Daños Derivados de la existencia de un Cártel: Análisis de las sentencias *Acor* y *Ebro Foods*», *Arbitration Review*, 20, 2014, 53-66.

²⁷ Aunque aparentemente (véase *supra* n. 12) el daño habría sido muy superior. Sin embargo, no debería criticarse al juez de que otorgue menos de lo que (teóricamente) debería (como hacen DELGADO y GARCÍA, «Estimación de daños derivados de la existencia de un Cártel: Análisis de las sentencias *Acor* y *Ebro Foods*», *supra* n. 28), si el demandante reclama o consigue acreditar una cuantía o importe inferior, ya que en esta materia rige el principio general de *da mihi facta, dabo tibi ius*.

que el daño resulta de la misma existencia del cártel (*i. e.*, el pago de un precio superior al que se habría pagado de no producirse esa conducta), en coherencia con lo que establece la Directiva 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 UE²⁸.

Por otro lado, en los cárteles de bienes intermedios, que son utilizados como insumos para la fabricación de otros productos destinados al consumidor final —como ocurre con el azúcar para uso industria en este caso— es posible que el infractor de la normativa de competencia al que se reclama el resarcimiento de los perjuicios causados alegue que el demandante no sufrió realmente el daño que reclama, sino que lo trasladó a sus clientes (*passing-on*). De ser así las cosas, si se compensara al reclamante se le estaría enriqueciendo injustificadamente.

Ebro presentó este alegato en su contestación a la demanda, y la Audiencia Provincial de Madrid lo acogió fundándose en afirmaciones genéricas de los reclamantes en sus recursos ante la Audiencia Nacional contra la Resolución del TDC («los precios que mis mandantes —fabricantes de dulces— fijan para sus productos, se han visto hasta la fecha condicionados por prácticas restrictivas de competencia de los productores del azúcar, materia prima esencial [...] éstas deben trasladar el coste artificialmente alto del azúcar a sus productos, perdiendo competitividad y afectando a su imagen comercial»)²⁹ y en la aparente subida de los precios de los productos derivados del chocolate, cacao y sucedáneos, galletas, bollería y pastelería en 1997³⁰.

En abstracto, el Tribunal Supremo reconoce la posibilidad de la defensa del *passing-on*, pero también la necesidad de que sea el demandado quien pruebe que se ha producido el traslado o repercusión del daño a terceros³¹. Adicionalmente, y en relación con las posibles valoraciones que sobre el particular se hubieran realizando en el previo procedimiento de aplicación pública (en general *supra* § 5), el Tribunal excluye que la jurisdicción civil deba atender a las consideraciones que pudiera haber realizado el TDC y

²⁸ Véase FD 3.º, párrafo 6, y FD 5.º, párrafo 1 de la STS de 7 de noviembre de 2013 (*supra* n. 1) y art. 17 de la Directiva (*supra* n. 5).

²⁹ FD 3.º, párrafo 8 de la Sentencia núm. 370/2011 de la Audiencia Provincial de Madrid (Sala de lo Civil, Sección 8.ª), de 3 de octubre de 2011 (se trata de escritos presentados por los fabricantes de dulce en sus contestaciones a los recursos contencioso-administrativos contra la resolución del TDC ante la Sala Contencioso-Administrativa de la Audiencia Nacional el 11 de noviembre de 1999 y el 19 de febrero de 2000, *supra* n. 8). Véase ROBLES, «Las reclamaciones de daños y perjuicios causados por infracciones del Derecho de la competencia: Comentario a la STS de 23 de noviembre de 2013, Sala de lo Civil, en el asunto del cártel del azúcar», *Actas de Derecho Industrial y Derecho de autor*, 34 (§ IV.2), 2013-2014. C. TUDOR, «La admisión de la defensa *passing-on* en el cartel del azúcar», *Revista de Derecho de la Competencia y Distribución*, 11, 2012, pp. 277-291.

³⁰ FD 3.º, párrafos 16 y 17 de la Sentencia núm. 370/2011 de la Audiencia Provincial de Madrid (Sala de lo Civil, Sección 8.ª), de 3 de octubre (aunque la sentencia reconoce que «no hay prueba efectiva a respecto de que este incremento de precios en el año 1997 tenga su origen en el traslado de precios»).

³¹ Véanse FD 5.º, párrafo 1 de la STS de 7 de noviembre de 2013, y FD 16.º de la STS de 8 de junio de 2012 (*supra* n. 1).

los tribunales del orden contencioso-administrativo sobre este particular, al tratarse de una cuestión ajena a su competencia³².

De todas formas, incluso si se acreditase el traslado o repercusión del sobreprecio a los clientes, ello no excluiría necesariamente que todavía pueda existir daño indemnizable³³. Como se ha apuntado antes, el sobreprecio repercutido puede ser sólo parte del daño sufrido, y corresponde al demandado la difícil prueba de si fue o no así³⁴. Efectivamente, el Tribunal Supremo considera que no debe sostenerse una concepción reduccionista del *passing-on*, que se ciña a la simple repercusión del sobreprecio³⁵, sino que considera que para que esta defensa triunfe debería no existir ningún otro perjuicio al comprador directo (además del sobreprecio) susceptible de indemnización (literalmente: «Lo determinante es que el comprador directo frente al que se opone la defensa no haya sufrido daño porque lo haya logrado repercutir a terceros no demandantes»). De modo que «no es suficiente probar que el comprador directo ha aumentado también el precio de sus productos. Es necesario probar que con ese aumento del precio cobrado a sus clientes ha logrado repercutir el daño sufrido por el aumento del precio consecuencia de la actuación del cártel. Si el aumento de precio no ha logrado repercutir todo ese daño porque se ha producido una disminución de las ventas (debido a que otros competidores no han sufrido la actuación del cártel y han arrebatado cuota de mercado, nacional o internacional, a quienes sí la han sufrido, o a que la demanda se ha retraído ante el aumento del precio, etc.), no puede estimarse la defensa del “*passing-on*” o no puede hacerse en su totalidad»³⁶. En particular, en los casos concretos de los fabricantes de dulces, no se presentó por ellos prueba alguna sobre este extremo (a pesar de lo cual la Audiencia Provincial de Madrid en su sentencia de octubre de 2011 consideró que debía operar la excepción), y para el Tribunal Supremo hay indicios de que la repercusión del sobreprecio no habría supuesto un traslado de todo el daño, en atención a la pérdida de competitividad y el perjuicio a la imagen comercial de la industrial española del dulce, que podría ocasionar «una reducción del volumen de ventas por retraimiento de la demanda». Paradójicamente, como se ha dicho, estos extremos no se incluían entre los perjuicios que la industria del dulce reclamaba. En cualquier caso, las consideraciones del Tribunal Supremo son de enorme interés para las futuras reclamaciones de daños *antitrust*, con implicaciones notables en las estrategias procesales de ataque y defensa

³² Véase FD 3.º, párrafo 6 de la STS de 7 de noviembre de 2013 (*supra* n. 1): «La competencia del órgano administrativo y de los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa que conocieron del recurso contra el acto de aquel no alcanzaba a la cuestión de la repercusión del daño por parte de los compradores directos a sus clientes, esto es, para dictar sus resoluciones, los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa, al igual que el Tribunal de Defensa de la Competencia, no tenía que decidir quién había sufrido exactamente el daño y en qué medida...».

³³ FD 5.º, párrafo 3 de la STS de 7 de noviembre de 2013 (*supra* n. 1).

³⁴ En el fondo no sólo al demandado porque si el demandante reclama los perjuicios derivados del «efecto cantidad» (menor producción y ventas de dulces como consecuencia del sobrecoste que el cártel supuso) estará contribuyendo a demostrar si se produjo o no *pass-through*.

³⁵ Sin embargo, éste es el planteamiento presente en el art. 14 de la Directiva (*supra* n. 5).

³⁶ FD 5.º, párrafo 3 *in fine* de la STS de 7 de noviembre de 2013.

que las partes pueden seguir en la construcción y prueba de sus respectivos argumentos.

7. EL CÁLCULO DEL DAÑO CAUSADO

Una de las cuestiones más problemáticas en cualquier reclamación de daños por realización de prácticas anticompetitivas prohibidas radica en el cálculo y valoración del importe de los daños provocados.

Con la finalidad de fundamentar y apoyar su reclamación, el demandante acompaña un informe pericial de evaluación y cuantificación del daño, al que frecuentemente el demandado suele oponer otro informe que rechaza el anterior³⁷. En las dos sentencias dictadas por el Tribunal Supremo sobre las reclamaciones de daños provocadas por el cártel del azúcar se realizan diversas consideraciones de relieve sobre las condiciones y requisitos que han de cumplir esas valoraciones periciales.

El planteamiento arranca del reconocimiento de la complejidad de este tipo de cálculos. Por ello, ante «la imposibilidad de realizar una reproducción perfecta de cuál hubiera sido la situación si no se hubiera producido la conducta ilícita, [...] problema común a todas las valoraciones de daños y perjuicios que consisten en proyecciones de lo que habría sucedido si la conducta ilícita no hubiera tenido lugar»³⁸ el Tribunal Supremo considera que lo exigible al informe pericial es «que formule una hipótesis razonable y técnicamente fundada sobre datos contrastables y no erróneo»³⁹.

Ciertamente, la existencia de un régimen de regulación e intervención de precios por la OCM del azúcar en el marco de la PAC puede hacer más visibles y apreciables las distorsiones en el comportamiento de los precios en el mercado derivadas del cártel, ya que el informe pericial aportado por los reclamantes (Nera) acreditó que el anómalo comportamiento de los precios del azúcar para uso industrial entre febrero de 1995 y julio de 1996 carecía de una explicación plausible que no fuera la colusión entre los productores, como el TDC había demostrado y sancionado en su resolución⁴⁰.

Los principios anteriores llevan al Tribunal Supremo a estimar que «[e]l informe pericial aportado con la demanda parte de bases correctas (la existencia del cártel y la fijación concertada de precios por encima de los que hubieran resultado de la libre competencia) y utiliza un método razonable, de entre los varios propugnados por la ciencia económica y aceptados

³⁷ Véanse arts. 335 y 336 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (*supra* n. 27).

³⁸ FD 7.º, párrafo 3 de la STS de 7 de noviembre de 2013 y véase también FD 14.º de la STS de 8 de junio de 2012 (*supra* n. 1).

³⁹ FD 7.º, párrafo 3 de la STS de 7 de noviembre de 2013 (*supra* n. 1).

⁴⁰ Más ampliamente, véase MARCOS, «Damages' Claims in the Spanish Sugar Cartel», *Journal of Antitrust Enforcement*, *supra* n. 10 (§ 4.2), 2015. Las presentaciones de los expertos que intervinieron en el litigio sobre el caso pueden consultarse en F. JIMÉNEZ LATORRE (NERA), *Damages in the Sugar cartel in Spain*, y N. E. WATSON (LECG), *Damages in the Sugar cartel in Spain*, 12 de noviembre de 2010, Association of Competition Economist- ACE 2010 Conference, Norwich.

por los tribunales de otros países, para el cálculo de los daños causados a los demandantes, como es estimar lo que habría ocurrido de no haberse producido la práctica restrictiva de la competencia examinando el periodo inmediatamente anterior, tomando en consideración los precios del azúcar en ese periodo inmediatamente anterior al inicio de la actividad del cártel, modulándolos de acuerdo con las variaciones de los costes de producción a lo largo del periodo que duró la actuación del cártel (en concreto, el precio de la remolacha, que supone el 58 por 100 del precio total de producción del azúcar y la cotización de almacenamiento), no tomando en consideración otros costes por no considerarlos relevantes (por su inferior incidencia en el coste total de fabricación del azúcar), y compararlos con los precios cobrados por la demandada a cada demandante durante la actuación del cártel, dividido en los cuatro periodos determinados por las diferentes modificaciones concertadas de precios»⁴¹.

Igualmente, si lo anterior se exige al informe pericial que acompaña a la demanda, otro tanto cabría decir respecto del informe pericial que apoya la contestación a la demanda. En efecto, no es posible que el informe pericial del demandado se limite a negar o rechazar la cuantificación efectuada por el informe pericial del demandante, sino que es preciso que proporcione una cuantificación alternativa y mejor fundada. Algo que, según el Tribunal Supremo, el informe de Lecg, aportado por Ebro, no hacía.

Las anteriores exigencias formuladas por el Tribunal Supremo le llevan a rechazar de plano planteamientos flexibles o artificiales por parte de los tribunales, realizando cálculos arbitrarios que nada tienen que ver con una estimación razonable y fundada del daño (en el caso concreto, censura la solución adoptada por la sentencia del juzgado de primera instancia en el caso de conceder el 50 por 100 de la indemnización solicitada, considerándola una solución «salomónica» carente de la necesaria justificación)⁴².

8. CONCLUSIONES

En suma, la confirmación por el Tribunal Supremo de indemnizaciones de alrededor de cinco millones de euros en concepto de daños ocasionados a diversos fabricantes de dulces (galletas y pasteles), caramelos, chicles, chocolate y derivados del cacao, turrone y mazapanes por las empresas partícipes cártel del azúcar (Ebro y Acor), se acompaña de diversos pronunciamientos de gran relieve sobre la plausibilidad, fundamentación y requisitos de este tipo de acciones, y sobre su relación con los pronunciamientos previos en los procedimientos sancionadores y contencioso-

⁴¹ FD 7.º, párrafo 2 de la STS de 7 de noviembre de 2013 (*supra* n. 1).

⁴² FD 7.º, párrafo 2 de la STS de 7 de noviembre de 2013 (*supra* n. 1). La sentencia del juzgado de primera instancia habría empleado esa medida basándose tan sólo en la afirmación de la perito de la demandada de «que si se partía de la existencia de la existencia de la relación de causalidad negada por la misma, existiría un daño, pero éste no podría superar el 50 por 100» (FD 3.º, párr. 25 de la Sentencia núm. 59/2010 del juzgado de primera instancia núm. 50 de Madrid de 1 de marzo de 2010).

administrativos, que clarifican el escenario para potenciales reclamaciones de daños *antitrust* en el futuro. Las reflexiones del Tribunal Supremo son especialmente oportunas en lo relativo al daño y su cuantificación, así como sobre los informes técnico-periciales que las partes presenten en apoyo de sus pretensiones.

La aprobación 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 UE, *que sigue a las sentencias del Tribunal Supremo sobre las reclamaciones de perjuicios de la industria española del dulce contra el cártel del azúcar*, facilitará todavía más las reclamaciones de daños al exigir a los Estados miembros la articulación de herramientas adicionales que faciliten la prueba (art. 5) y extender sustancialmente el plazo de prescripción de las acciones (art. 10). Sólo resta esperar que, una vez que la Directiva se trasponga en el Derecho español, las víctimas de las conductas y prácticas anticompetitivas hagan uso de estos procedimientos para hacer valer sus pretensiones de resarcimiento de daños, contribuyendo de esta manera a la mayor efectividad de las normas de defensa de la competencia.

REFERENCIAS

A. NORMATIVAS

a) UE

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (*DOCE* núm. 326, de 26 de octubre de 2012: 47-199).

Reglamento (CE) núm. 1/2003, 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* núm. L 1/2003, de 4 de enero, 1-25).

Posición del Parlamento Europeo aprobada en primera lectura el 17 de abril de 2014 con vistas a la adopción de la Directiva 2014/.../UE 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 UE.

b) España

Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia 159, de 4 de julio de 2007 (*BOE* núm. 159, de 4 de julio de 2007, 28848-28872).

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (*BOE* núm. 7, de 8 de enero de 2000, 575-728).

Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (*BOE* núm. 170, de 18 de julio de 1989, 22747-22753).

Código Civil (*Real Decreto de 24 de julio de 1989, por el que se publica el Código Civil*).

B. ADMINISTRATIVAS

Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, de 15 de abril de 1999 (426/98 *Azúcar*, A. Castañeda Boniche).

Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, de 12 de septiembre de 2006 (*Ejecución 426/98, Azúcar-ARJ*).

C. JUDICIALES

a) UE

Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de la UE, de 6 de noviembre de 2012 (C-199/11 *Europese Gemeenschap & Otis, General Technic-Otis, Jone, Schindler, Thyssenkrupp*) ECLI:EU: 2012:684 (A. Arabadjev).

Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE (Sala 5.^a), de 5 de junio de 2014 (C-557/12, *Kone, Otis, Schindler, ThyssenKrupp & ÖBB-Infraestructur*), A. Rosas.

Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de la UE, de 20 de septiembre de 2001 (C-453/99 *Courage Ltd v Bernard Crehan*) ECR 2001-I 6314, M. Wathelet.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE (Sala 3.^a), de 13 de julio de 2006 (C-298/04 *Vincenzo Manfredi v Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA*) ECR 2006-I 6619, S. Von Bahr.

b) Civil/Mercantil

b.1) Juzgados de 1.^a instancia/mercantiles

Sentencia núm. 88/2014 del Juzgado de lo mercantil núm. 12 de Madrid, de 9 de mayo de 2014, *Musaat c. Asefa, Caser y Scor* (ROJ SJM M118/2014), A. M.^a Gallego Sánchez.

Sentencia núm. 59/2010 del Juzgado de Primera instancia núm. 50 de Madrid, de 1 de marzo de 2010, *Nestlé et al. v. Ebro Puleva*, M.^a del R. Campesino Temprano.

b.2) Audiencias Provinciales

Sentencia núm. 261/2009 de la Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 3.^a), de 9 de octubre de 2010, *Nestlé et al. v. Acor* (AC 2010/190), J. J. Sáenz Cid.

Sentencia núm. 370/2011 de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 8.^a), de 3 de octubre de 2011, *Nestlé et al. v. Ebro* (JUR 2011/386351), M.^a V. Salcedo Ruiz.

b.3) Tribunal Supremo

Sentencia núm. 651/2013, de 7 de noviembre, *Nestlé et al. v. Ebro Foods* (ROJ 5819/2013), R. Saraza Jimena.

Sentencia núm. 528/2013, de 4 de septiembre, *Energya Vm Gestión de Energía S. L. U. v. Iberdrola Distribución Eléctrica, S. A. U.* (ROJ STS 4739/2013), I. Sancho Gargallo.

Sentencia núm. 540/2000, de 2 de junio, *José Carlos C. C. v. Disa & Prodalca* (RJ 2000/5092), F Marín Castán.

Sentencia núm. 304/2012, de 8 de junio, *Nestlé et al. v. Acor* (ROJ STS 5462/2012), J. R. Ferrándiz Gabriel.

c) *Contencioso-administrativa*

c.1) Audiencia Nacional (Sala de lo contencioso, Sección 6.^a)

Sentencia de 4 de julio de 2002, *Acor* (M. Pedraz), Cendoj 28079230062002100315.

Sentencia de 13 de septiembre de 2002, *Ebro* (J. M. del Riego Valledor), Cendoj 28079230062002100899.

Sentencia de 6 de mayo de 2003, *ARJ* (S. Soldevilla), Cendoj 28079230062003101094.

Sentencia de 3 de junio de 2003, denunciante (S. Soldevilla), Cendoj 28079230062003101099.

c.2) Sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 3.^a)

Sentencia de 26 de abril de 2005, *Acor* (J. M. Bandrés), Cendoj 28079130032005100141.

Sentencia de 26 de abril de 2005, *Azucarera Ebro* (J. M. Bandrés), Cendoj 28079130032005100149.

Sentencia de 22 de marzo de 2006, *Arj* (M. Campos Sánchez-Bordona), Cendoj 28079130032006100093.

D. DOCTRINALES

BELLO, M.^a P. (2000): «Una explicación sobre la posibilidad de alegar responsabilidad contractual en acciones de daños derivados de infracciones de la LDC: a propósito del caso *Acor*», en J. A. GÓMEZ y A. GARCÍA (eds.), *El Derecho mercantil en el umbral del siglo XXI. Libro homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández-Novoa con motivo de su octogésimo cumpleaños*, Madrid, Marcial Pons, 263-269.

CREUS, A. (1999): «La privatización del Derecho de la Competencia», *Gaceta Jurídica de la Competencia*, 200: 55-66.

DELGADO, J., y GARCÍA, J. A. (2014): «Estimación de daños derivados de la existencia de un Cártel: Análisis de las sentencias *Acor* y *Ebro Foods*», *Arbitration Review*, 20: 53-66.

ESTEVA, C.; CALISTI, D., y HAASBEEK, L. (2013): «Towards an Effective Right to Full Compensation: The Proposal for a Directive on Antitrust Damages Actions», *Anuario de la Competencia*, 33-43.

MARCOS, F. (2011): «¿Por qué puede no haber muchas demandas de daños en el cártel español del seguro decenal?», en L. VELASCO *et al.* (dirs.), *La aplicación*

- privada del Derecho de la Competencia, Valladolid, Lex Nova, pp. 303-335 (disponible en inglés como *Working Paper*, IE Law School WPLS10-09, «Why There Might Not Be Many Damage Claims Arising from the Spanish Property Insurance Cartel?»).
- (2012): «¿Es verdaderamente necesaria una iniciativa comunitaria destinada a incentivar las acciones de daños por cartel? Una Mirada a la experiencia española», en G. A. BENACCHIO y M. CARPAGNANO (eds.), *I Rimedi Civilistici agli illeciti anticoncorrenziali*, Milano, CEDAM, 145-160.
- (2013): «Competition Law Private Litigation in the Spanish Courts (1999-2012)», *Global Competition Litigation Review*, 4: 167-208.
- (2014): «La aplicación privada del derecho de defensa de la competencia por los tribunales españoles», *Revista de Economía-ICE* 876 (50 aniversario de la primera ley de competencia en España): 91-104.
- (2014): «Indemnización de daños y perjuicios por boicot a raíz cártel del seguro de daños decenal (SDD): Notas a propósito de la sentencia del Juzgado Mercantil núm. 12 de Madrid de 9 de mayo de 2014 (*Musaat v Asefa, Caser y Scor*)», *La Ley Mercantil*, 29 de julio de 2014.
- (2015): «Damages' Claims in the Spanish Sugar Cartel», *Journal of Antitrust Enforcement*, en prensa (una versión anterior puede consultarse en *Working Paper-IE Law School, AJ-213-I*).
- OCDE (2002): *Fighting Hard Core Cartels: Harm, Effective Sanctions and Leniency Programs*.
- RETORTILLO, O. (2011): «Primeros Pasos de los Tribunales Españoles en la Aplicación Privada del Derecho de la Competencia. Especial referencia a la reclamación de daños en los casos de cárteles», *Revista de Competencia y Distribución*, 8: 221-232.
- ROBLES, A. (2013-2014): «Las reclamaciones de daños y perjuicios causados por infracciones del Derecho de la competencia: Comentario a la STS de 23 de noviembre de 2013, Sala de lo Civil, en el asunto del cártel del azúcar», *Actas de Derecho Industrial y Derecho de autor*, 34, en prensa.
- SANCHO GARGALLO, I. (2009): «Ejercicio privado de acciones basadas en derecho comunitario y nacional de la competencia», *Indret*, 1/2009.
- TUDOR, C. (2012): «La admisión de la defensa *passing-on* en el cartel del azúcar», *Revista de Derecho de la Competencia y Distribución*, 11: 277-291.

ÚLTIMAS TENDENCIAS EN LA APLICACIÓN DEL ART. 3 DE LA LDC: ESPECIAL CONSIDERACIÓN AL REQUISITO DE AFECTACIÓN AL INTERÉS PÚBLICO*

Carmen M. CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALTE**

1. INTRODUCCIÓN

En los últimos años la Autoridad de Competencia española ha sancionado con importantes multas a diferentes empresas por prácticas de falseamiento de la libre competencia mediante actos desleales al amparo del art. 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC). La aplicación de este artículo, e incluso su existencia, siempre ha sido polémica y controvertida, basándose, fundamentalmente, en la dudosa justificación existente para la habilitación de órganos administrativos en el enjuiciamiento de actos de competencia desleal y en atención a su escasa aplicabilidad.

Precisamente, de los requisitos exigidos para su estricta aplicación, la afectación del interés público de la conducta desleal constituye, de una parte, el elemento que delimita la competencia de los órganos de competencia en sede de comportamientos desleales, y, de otra, el concepto que mayores problemas ha planteado en cuanto a su interpretación y su alcance.

Por ello en el presente artículo se analizarán especialmente las últimas pautas de interpretación que, con respecto a este extremo, han sido marcadas en los últimos pronunciamientos, tales como la consideración de la obstaculización de la liberalización de un servicio de interés general, la afectación de un *input* básico para los consumidores, o el efecto acumulativo de prácticas generalizadas en el mercado, y que, en gran medida, han sido refrendadas por los Tribunales de Justicia. Ahora bien, primeramente, se expondrán, de forma sucinta, la particular configuración que ha adoptado este ilícito en sede *antitrust* y las dificultades existentes en orden a distin-

* Las opiniones, interpretaciones y conclusiones expresadas en este trabajo son las de su autora, y no representan las opiniones de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC).

** Doctora en Derecho Mercantil. Subdirectora Adjunta de Industria y Energía de la Dirección de Competencia de la CNMC.

guir los dos últimos requisitos exigidos por la literalidad del precepto, a saber, el falseamiento de la competencia y la afectación al interés público.

2. FALSEAMIENTO DE LA LIBRE COMPETENCIA Y AFECTACIÓN AL INTERÉS PÚBLICO

La trascendencia de los efectos que, en determinados casos, pueden tener los actos de competencia desleal desde la perspectiva *antitrust* del buen funcionamiento competitivo de los mercados ha motivado que en Derecho español, desde la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, se haya atribuido a las autoridades *antitrust* competencias para que puedan examinar aquellas conductas desleales que afecten al interés público tutelado por la norma.

En tal sentido, la LDC española, después de prohibir los acuerdos colusorios (art. 1) y los abusos de posición dominante (art. 2), habilita en su art. 3 a la Comisión Nacional de la Competencia (en adelante, CNC) para conocer «en los términos que la presente Ley establece para las conductas prohibidas, de los actos de competencia desleal que por falsear la libre competencia afecten al interés público». Este precepto híbrido, en parte desleal y en parte *antitrust*, tipifica un peculiar ilícito de competencia, desvinculado tanto de los acuerdos restrictivos como del abuso de posición dominante, y lo hace sobre la existencia de otro ilícito, el desleal, al que, bajo determinadas condiciones, le otorga trascendencia *antitrust*¹, dotando de este modo a la conexión funcional entre los Derechos de defensa de la competencia y competencia desleal de un carácter asimismo operativo².

Debido fundamentalmente a esta naturaleza mixta, en parte desleal y en parte *antitrust*, a la ausencia de una norma similar en el Derecho comunitario y a su tradicional limitada operatividad como sustentadora de resoluciones administrativas que declaren la existencia de una infracción en base a una conducta desleal, el precepto en cuestión ha sido objeto, durante toda su existencia, de numerosas y vehementes críticas, hasta el punto de que son muchos más los que abogan por su eliminación del elenco de prácticas prohibidas por la LDC³, que los que defienden su mantenimiento.

Dejando al lado la controversia, en lo que sí parece que existe unanimidad es en la consideración de que a pesar de su estructura, la tipificación de

¹ M. TRONCOSO Y REIGADA, «El marco normativo de los ilícitos desleales de relevancia *antitrust*», en VV.AA., *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, t. I, 1996, pp. 1040-1041; J. I. FONT GALÁN y L. M. MIRANDA SERRANO, *Competencia desleal y antitrust*, *op. cit.*, pp. 73-74; C. CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALTE, *La igualdad en el Derecho de defensa de la competencia*, Valencia, 2008, p. 219.

² A. ROBLES MARTÍN-LABORDA, *Libre competencia y competencia desleal*, Madrid, 2001, pp. 185-186.

³ Recientemente, F. DÍEZ ESTELLA, «El art. 3 LDC: falseamiento de la competencia por actos desleales», en *Noticias de la Unión Europea*, núm. 330, julio de 2012, pp. 83-94; S. CABRERA ZARAGOZA y A. ESCUDERO PUENTE, «La aplicación del art. 3 de la Ley de Defensa de la Competencia. ¿La reactivación del ilícito?», en *Anuario de la Competencia 2012*, Fundación ICO, pp. 223-248.

este ilícito *antitrust* no descansa meramente en la deslealtad de la conducta, sino, mucho más, en los efectos que los actos de competencia desleal puedan tener en el mercado⁴. Su impacto en el mercado, es decir, la aptitud de los mismos para afectar al interés público falseando la competencia, es lo que, realmente, define la esencia de esta prohibición que queda así configurada como una deslealtad cualificada por sus efectos⁵. Solamente así puede y debe entenderse, por lo demás, la alteración del régimen natural de competencias y la puesta a disposición de procedimientos y sanciones de carácter público contra los actos de competencia desleal, cuyo enjuiciamiento constituye materia tradicional de los órganos de la jurisdicción ordinaria a través de mecanismos de solución jurídico privados.

De lo anterior se desprende la relevancia que el segundo de los requisitos —«que por falsear la competencia afecte al interés público»— tiene en orden a delimitar las competencias entre el orden administrativo y el judicial y a propiciar la correcta y estricta aplicación del mismo por las autoridades administrativas. Por ello, el eje central sobre el que pivota la potestad administrativa sancionadora en virtud de este precepto exige, en todo caso, acreditar la superación de ese umbral: que la práctica en cuestión afecte al interés público de la libre competencia. Bien entendido que, de modo similar a como ocurre respecto a las otras dos prácticas prohibidas por la LDC, se trata de un ilícito de peligro, esto es, basta demostrar la aptitud de la conducta para producir el mencionado efecto lesivo del interés público⁶.

Tradicionalmente, tanto la doctrina⁷ como, en ocasiones, los órganos encargados de su aplicación⁸, han venido distinguiendo dos requisitos diferenciados (o mejor dicho tres, contando con que en todo caso se requiere como primera condición la existencia de un acto de competencia desleal), falseamiento de la libre competencia y afectación al interés público, que han de analizarse y acreditarse sucesivamente en el momento de aplicación del precepto. Esta interpretación, condicionada por la propia estructura del artículo desde su aparición, pero especialmente potenciada por la redacción del mismo que entró en vigor con ocasión de la reforma llevada a cabo por la Ley 52/1999, de 28 de diciembre, de reforma de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia [«a) Que ese acto de competencia desleal distorsione gravemente las condiciones de competencia en el mercado; b) Que esa grave distorsión afecte al interés público»], viene determinada, en nuestra opinión, por la necesidad de enfatizar la ineludible exigencia de discriminar los actos desleales que, por las concretas circunstancias en las

⁴ J. MASSAGUER, «Artículo 3. Falseamiento de la competencia por actos desleales», en *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, 3.ª ed., Madrid, 2012, p. 225.

⁵ Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia de 17 de febrero de 2000, expte. r 405/99, Caja España; de 29 de septiembre de 2000, expte. r 430/00, Agencia Valores; de 29 de septiembre de 2000, expte. r 438/00, Empresas alarma Alicante.

⁶ En tal sentido, M. MONTAÑA, «Artículo 3. Falseamiento de la libre competencia por actos desleales», en *Derecho Español de la Competencia*, T. I, Madrid, 2008, pp. 208-209.

⁷ J. MASSAGUER, «Artículo 3. Falseamiento de la competencia por actos desleales», *op. cit.*, pp. 212 y ss.

⁸ Véanse Resoluciones de 26 de noviembre de 2002 (expte. 529/01, Administradores de Fincas), y de 24 de febrero de 2012 (expte. S/0213/10, Iberdrola Sur).

que se desarrollan y, por ende, por los efectos que producen, realmente tengan una trascendencia institucional, de aquellos que han de seguir teniendo exclusivamente una respuesta jurídico privada.

A nuestro juicio, sin embargo, una correcta exégesis semántica y contextual del precepto, nos ha de llevar a simplificar las cosas y llevar a la conclusión de que, en definitiva, son dos las condiciones sustantivas exigidas por el precepto. A saber, la existencia de un acto de competencia desleal y que la comisión de ese acto de deslealtad afecte al interés público protegido por la LDC. Ello no significa que neguemos la operatividad del otro requisito —el falseamiento de la competencia—, pero sí su independencia funcional respecto de la afectación al interés público, porque el interés público tutelado por la LDC no es otro que la instauración, el mantenimiento y, en su caso, la potenciación de una competencia efectiva y no falseada en el mercado.

La última práctica decisoria de la Autoridad de Competencia, por lo demás, parece ratificar esta interpretación, subrayando, en todo caso, la indiscutible relevancia de este último requisito, el interés público concurrencial, como auténtico elemento definidor de la prohibición. Así, en la Resolución de 15 de diciembre de 2011 (expte. S/0350/11 Asistencia en Carretera) se afirma: «La Autoridad de Competencia sólo está facultada para realizar el reproche de desleal competitiva cuando la conducta enjuiciada, dado el contexto jurídico y económico en el que se produce, resulta apta para restringir la competencia efectiva en el mercado, que es el interés público tutelado por la LDC. En consecuencia, ante una denuncia de infracción del art. 3 de la LDC, el órgano de instrucción debe analizar, antes que nada, la concurrencia del presupuesto de la afectación al interés público, teniendo para ello en cuenta factores como la naturaleza de la conducta, la estructura del mercado, el bien o servicio afectado, etc.; es decir, el contexto jurídico y económico afectado, de suerte que si tras este análisis no se aprecian indicios de que la conducta sea apta para falsear la competencia efectiva, no sólo resulta superfluo que se realice una calificación jurídica de la conducta desde la óptica del Derecho contra la competencia desleal, sino que tal calificación carece de toda relevancia jurídica en la medida en que no concurre el presupuesto que habilita a la Autoridad de Competencia para sancionar actos de competencia desleal»⁹.

Por lo demás, esta forma de proceder en orden a verificar la concurrencia de las condiciones exigidas por el precepto presenta, a nuestro modo de ver, evidentes ventajas. En primer lugar, evita que órganos administrativos interpreten innecesariamente normas como la LCD reservadas tradicionalmente a las instancias judiciales. Además, evita que una deficiente calificación jurídica en cuanto a su naturaleza desleal lleve a no sancionar conductas que verdaderamente afectan al interés público de la libre competencia.

En todo caso, la amplitud y vaguedad del parámetro principal de aplicación del precepto, esto es, que el acto de competencia desleal tenga la en-

⁹ Este orden de análisis ha sido corroborado, además, por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 8 de julio de 2011.

tividad o gravedad suficiente para afectar el interés público tutelado, lo que, según la resolución aludida, habrá de determinarse atendiendo al contexto jurídico y económico del caso particular, obliga a tener en cuenta la doctrina que sobre el particular ha ido emanando de la praxis de la Autoridad de Competencia. A ello dedicaremos las páginas que siguen, ciñéndonos al análisis de los pronunciamientos acaecidos en los últimos años.

3. ACTUACIONES RECIENTES EN APLICACIÓN DEL ART. 3 DE LA LDC

Un balance rápido de las resoluciones que en los últimos cinco o seis años se han dictado aplicando el art. 3 de la LDC, permite realizar, al menos, dos consideraciones previas. En primer término, la demostrada vigencia del artículo. Al contrario de la opinión dominante, reflejada especialmente durante el proceso de reforma de la legislación de defensa de la competencia que culminó con la actual LDC de 2007¹⁰, que abogaba como dijimos por su supresión, entre otras razones, por su escasa utilización, las últimas resoluciones dictadas por la Autoridad de Competencia parecen volver a poner en valor el mencionado precepto, pues si bien cuantitativamente no pueden ser consideradas muy numerosas, desde una perspectiva cualitativa resulta irrefutable, como veremos, la reciente aplicación del artículo en expedientes de envergadura, en sectores económicamente importantes y a operadores relevantes de los mismos. Asimismo las sanciones impuestas a las empresas declaradas responsables en aplicación del mismo han sido muy significativas.

De otra parte, a la vista de dichas resoluciones, se puede defender la eficacia del artículo para la consecución de los objetivos descritos en la Ley, y en particular para promover la competencia efectiva en mercados tradicionalmente cerrados a la misma, o en aquellos mercados secundarios donde la extensión del poder de mercado de las empresas presentes en el mercado primario facilitan el abuso y, en definitiva, la violación de las normas de competencia. Así, los pronunciamientos *ex art. 3* han tenido lugar básicamente referidos a prácticas realizadas en dos mercados muy concretos que, por sus particularidades, son objeto de una rigurosa supervisión por parte de la autoridad *antitrust*: los mercados, recientemente liberalizados, de comercialización de gas y electricidad y el mercado de mantenimiento y reparación de ascensores instalados.

A continuación, examinaremos, individualmente y por orden cronológico, los cuatro últimos expedientes sancionadores en los que la Autoridad de Competencia ha declarado la existencia de una infracción del art. 3 de la LDC, con vistas a indagar, como venimos apuntando desde un principio, las pautas de interpretación establecidas, principalmente, respecto al requisito de afectación al interés público exigido por el mismo.

¹⁰ Una compilación de las opiniones vertidas por los distintos sectores en dicho contexto, puede verse en F. DIEZ ESTELLA, «Réquiem por el art. 7 de la Ley de Defensa de la Competencia?», en *Diario La Ley*, año XXVI, núm. 6373, 5 de diciembre de 2005, pp. 1 y ss.

A. RESOLUCIÓN DE 29 DE JULIO DE 2011, EXPTE. S/0184/09 ATR GAS NATURAL

Aunque realmente la Resolución sancionaba tanto a Gas Natural Distribución SDG, S. A., por un abuso de posición de dominio, como a Gas Natural Comercial SDG, S. L., por infracción del art. 3 de la LDC, al realizar una campaña desleal de información a sus clientes, nosotros fijaremos nuestra atención exclusivamente en esta última práctica desleal.

El expediente fue incoado en virtud de la denuncia formulada por Iberdrola, S. A., y se enmarca en el sector de la distribución y comercialización de gas natural. Ambas actividades, distribución y comercialización o suministro minorista, se encuentran estrechamente relacionadas, pero mientras la distribución tiene carácter de actividad regulada, y se desarrolla en régimen de monopolio, la comercialización de gas se desarrolla en régimen de libre competencia. La liberalización del sector de comercialización o suministro minorista de gas se ha llevado a cabo en diferentes fases. Así, desde el 1 de enero de 2003, los consumidores son libres para elegir a su comercializador, lo que implica que todos los comercializadores deben poder realizar el suministro en cualquier zona, independientemente de quién sea el titular de las redes de distribución de esa zona. Además, desde el 1 de julio de 2008, la actividad de suministro se reserva exclusivamente a los comercializadores.

En este marco, Gas Natural Comercial, coincidiendo con dos ciclos de facturación, remitió, entre mayo y septiembre de 2009, cartas a sus consumidores domésticos, en la que se les alertaba sobre las prácticas llevadas a cabo por otros agentes comerciales ajenos a la compañía¹¹.

En las mencionadas cartas, Gas Natural Comercial, alertaba a los clientes sobre las visitas efectuadas por agentes pertenecientes a compañías energéticas de la competencia, que habían optado por realizar campañas de captación de nuevos clientes mediante visitas domiciliarias. Algunas de las afirmaciones efectuadas en las mismas llevaban aparejada una connota-

¹¹ Se transcriben, a continuación, los principales contenidos de la carta: «En los últimos meses algunos de nuestros clientes nos han expresado un cierto malestar derivado de la visita inesperada de agentes comerciales no pertenecientes a Gas Natural.

Estos comerciales, utilizando nuestro nombre o el de otras compañías energéticas, ofrecen cambiar de compañía comercializadora de gas de forma rápida y fácil.

La normativa vigente facilita al máximo el cambio de comercializadora. Y es justo esta facilidad la que aprovechan dichos comerciales para atraer clientes a otras compañías, ofreciéndoles facturar en condiciones aparentemente más ventajosas, asegurándoles, además, que es Gas Natural quien sigue responsabilizándose del servicio.

Estas actividades comerciales son completamente ajenas a nuestra compañía. Ni la garantía, ni la atención ni el servicio que le pueden ofrecer, están avalados por Gas Natural.

Por este motivo, y con el único objetivo de que pueda seguir disfrutando de las máximas garantías de servicio, confort y tranquilidad a los que usted y su familia están acostumbrados por ser clientes de Gas Natural, le recomendamos que tome una serie de precauciones:

[...]

Para su mayor seguridad y confianza, ponemos a su disposición nuestro Teléfono de Atención al Cliente 902 444 426, para ayudarle a resolver cualquier duda, o para prevenir los inconvenientes que puedan causarle acciones ajenas a nuestra compañía».

ción negativa de descalificación de las actuaciones de sus competidores a la hora de poner en práctica sus estrategias comerciales¹². Además, dichas declaraciones no eran veraces, cuando daban a entender que no era cierto lo afirmado por los comerciales de otras compañías cuando aseguraban «que es Gas Natural quien sigue responsabilizándose del servicio», añadiendo que «estas actividades comerciales son completamente ajenas a nuestra compañía. Ni la garantía, ni la atención ni el servicio que le pueden ofrecer, están avalados por Gas Natural»¹³. El extinto Consejo de la CNC entendió que la conducta debía ser calificada como un acto de denigración ilícito, en la medida que la referida carta contenía afirmaciones que resultaban aptas para desacreditar la actividad desarrollada por otros comercializadores de gas ante los consumidores.

Posteriormente, la Resolución advierte que la existencia de una infracción del art. 3 de la LDC requiere, además, la afectación al interés público por falsear la libre competencia. Y en este sentido destaca que, a través de la carta, se infunden dudas «no sólo sobre la integridad de un concreto competidor, sino sobre todos ellos, de manera que por exclusión se induce a confiar exclusivamente en el Grupo empresarial al que pertenece el emisor de la carta, siendo precisamente dicho grupo el que al ser el incumbente en este mercado, es el que goza de una popularidad o conocimiento previo del que los demás carecen y contra el que deben competir. El alcance de la carta abarca así a la totalidad de los oferentes que están intentando entrar en un mercado donde deben competir con la fuerza de la única empresa consolidada en este mercado, empresa que goza del prestigio y la confianza que le otorga el haber sido durante mucho tiempo la única marca comercial presente en el mercado por haber sido un servicio prestado en régimen de monopolio».

De esta manera, considerando que «en la medida en que la carta va encaminada a generar dudas sobre las bondades del cambio de suministrador, elemento clave para introducir competencia en el mercado de la comercialización de gas natural, y sobre el que han girado los principales esfuerzos del regulador en los últimos años, está afectando al interés público en la liberalización de un servicio básico para una gran parte de la población española, que por las circunstancias precedentes y por el carácter masivo de las cartas remitidas se puede afirmar que se trata de una conducta de competencia desleal objetivamente apta para falsear o distorsionar gravemente la libre competencia. En suma, el Consejo concluye que la carta, por quien la remite (el antiguo incumbente); por su contenido desleal (afecta por el lado de la oferta a todos los competidores presentes y futuros), por su millonario alcance (más de cinco millones de clientes); por sus destina-

¹² Tales como «cierto malestar», «visita inesperada», «inconvenientes que puedan causarle», «condiciones aparentemente más ventajosas».

¹³ El art. 10 del Real Decreto 1434/2002 determina que la empresa distribuidora tiene la obligación de operar y mantener sus redes de distribución y de proceder a la lectura de los contadores de todos los consumidores conectados a sus instalaciones, con independencia de quién sea la compañía suministradora de gas.

tarios (consumidores de tarifa T1 y T2; esto es, la práctica totalidad de los consumidores domésticos y Pymes, una importante parte de la demanda) constituye una conducta de las tipificadas en el art. 3 de la LDC».

La multa impuesta por infracción del art. 3 de la LDC fue de 2.650.000 euros. La Resolución fue confirmada mediante Sentencia de la Audiencia Nacional (SAN) de 29 de abril de 2013¹⁴.

B. RESOLUCIÓN DE 24 DE FEBRERO DE 2012, EXPTE. S/0213/10 IBERDROLA SUR

Este asunto se inició por denuncia presentada por Gas Natural Servicios SDG, S. A., y Unión Fenosa Comercial, S. L., contra Iberdrola Comercialización de Último Recurso, S. A. U., Iberdrola, S. A., e Iberdrola Distribución Eléctrica, S. A., por el traspaso de contratos desde la comercializadora de último recurso a la comercializadora en mercado libre, sin recabar el consentimiento expreso del consumidor, exigido por la normativa sectorial.

Desde el 1 de julio de 2009, la actividad de suministro eléctrico se reserva exclusivamente a los comercializadores, siendo los consumidores libres para elegir a su comercializador. Asimismo, en dicha fecha, se estableció la tarifa de último recurso (TUR), como el precio máximo y mínimo que podrían cobrar los comercializadores de último recurso (CUR) a los consumidores que tuvieran derecho a acogerse a ella¹⁵. En consecuencia, parte de los consumidores hasta entonces acogidos a tarifa debían pasar al mercado libre, por no tener derecho a acogerse a la TUR¹⁶. Ahora bien con el fin de evitar la interrupción automática del suministro de los clientes que carecieran de un contrato en el mercado libre, la regulación permitió que fueran suministrados durante un periodo transitorio de seis meses por los CUR de los grupos empresariales a los que perteneciera la red de distribución a la que se encontraran conectados¹⁷. El precio a aplicar a estos clientes se iba incrementando al objeto de incentivarlos a la salida al mercado mediante la contratación con comercializadores libres. En todo caso, la Disposición Adicional primera de la Orden ITC/1659/2009 exigía la conformidad expresa e inequívoca del cliente al cambio de suministrador¹⁸.

¹⁴ Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, de 29 de abril de 2013, núm. recurso 476/2011.

¹⁵ La puesta en marcha del suministro de último recurso y, en particular, el traspaso de los consumidores desde los distribuidores a los comercializadores se regula en el Real Decreto 485/2009, de 3 de abril y en la Orden ITC/1659/2009, de 22 de junio.

¹⁶ Este grupo de consumidores estaba formado por los conectados a baja tensión con potencia contratada superior a 10 kw y por aquéllos conectados a alta tensión que, aunque debían estar en el mercado libre desde el 1 de julio de 2008, seguían sin tener un contrato de suministro en vigor y continuaban consumiendo electricidad.

¹⁷ Posteriormente se establecieron sucesivas prórrogas a la situación transitoria hasta el 31 de diciembre de 2012 (véanse Orden ITC/3519/2009, de 28 de diciembre; Orden ITC/3353/2010, de 28 de diciembre; Orden IET/3586/2011, de 30 de diciembre).

¹⁸ «Disposición Adicional primera. Conformidad del cliente al cambio de suministrador. Se entenderá que el cliente ha dado su conformidad expresa siempre que ésta sea acreditada por cualquier medio contrastable que permita garantizar la identidad del mismo. El comercializador deberá disponer

En este contexto, Ibercur asumió automática y transitoriamente el suministro de 470.791 consumidores que debían pasar al mercado libre. Posteriormente, 268.001 de estos consumidores fueron traspasados por la compañía a la comercializadora libre del Grupo, sin recabar su consentimiento expreso, tal y como determinaba la normativa sectorial en casos de cambio de comercializador. La estrategia fue desarrollada a través del envío de cartas, en las cuales la comercializadora de último recurso les comunicaba la cesión de su contrato de suministro a la empresa comercializadora en el mercado libre del Grupo, salvo que un plazo determinado después de la recepción de la carta, el cliente indicara lo contrario¹⁹.

El extinto Consejo de la CNC entendió que esta conducta era desleal en el sentido del art. 15.2 de la LCD, que determina la deslealtad por «la simple infracción de normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial», ya que se incumplió lo dispuesto en la mencionada Disposición Adicional primera de la Orden ITC/1659/2009, al no solicitar el consentimiento de los consumidores, de la forma que establece dicha disposición, al momento de realizar el cambio de suministrador.

En la Resolución se resaltaba que la actuación «tuvo lugar en un especial momento temporal en el que se habían establecido las circunstancias necesarias para intensificar la competencia al dejar las distribuidoras de comercializar definitivamente, permitiendo a los comercializadores la captación de un grupo de clientes, los suministrados por una comercializadora de último recurso sin tener derecho a la tarifa de último recurso, atractivos por su volumen y por sus niveles de consumo».

Por otra parte, el anterior Consejo señaló que como consecuencia de dicha actuación se produjo un importante incremento en la cuota de fidelización a Iberdrola, importante en términos absolutos teniendo en cuenta la cuota de Iberdrola en este mercado, y una reducción del tamaño del mercado que razonablemente podrían captar otros comercializadores, reforzando la barrera de entrada a dicho mercado. Por lo que la conducta produjo un falseamiento de la libre competencia.

Respecto a la afectación al interés público de la práctica, la resolución volvía a subrayar que la infracción de norma se produce en el momento en que la liberalización del mercado minorista de suministro de electricidad

en todo momento de la documentación que acredite la voluntad del cliente de cambiar de suministrador a su favor. A efectos de validar el cambio, podrá ser suficiente con dar traslado en soporte electrónico de la voluntad inequívoca del cliente».

¹⁹ Extracto de una de las cartas remitidas, en las que puede leerse: «[...] No obstante lo anterior, para que no tenga que realizar gestión alguna por su parte, y de acuerdo con lo previsto en la cláusula 10.^a de las condiciones generales, le comunicamos que su contrato de suministro va a ser cedido a la empresa comercializadora en mercado libre Iberdrola, S. A., la cual se subrogará en todos los derechos y obligaciones del mismo. De esta manera, seguirá recibiendo el suministro sin interrupción y en unas condiciones idénticas a las que Iberdrola, S. A., ofrece en el mercado liberalizado [...].»

Creemos que esta cesión le permitirá recibir el suministro en condiciones más beneficiosas y que será del máximo interés para usted, por ello se entenderá aceptada salvo que, en el plazo de los cuarenta días siguientes a la recepción de la presente, nos indique lo contrario o contrate su suministro con cualquier otra comercializadora en mercado libre».

iba a desplegar todos sus efectos. Los comercializadores libres podían competir por los consumidores que iban a ser suministrados transitoriamente por una CUR y para éstos se abría la posibilidad de encontrar mejores alternativas de suministro. Además, tenía en cuenta que el suministro de electricidad es un *input* básico de la economía, y, en este caso, relevante para el colectivo al que se dirige la conducta, que fueron mayoritariamente pequeñas y medianas empresas.

En definitiva, la resolución concluye: «Por tanto, teniendo en cuenta el contexto jurídico y económico en el que se produce la conducta imputada, la liberalización del mercado minorista de suministro de electricidad, el colectivo al que se dirigió, pequeñas y medianas empresas, y el servicio afectado, un *input* básico para las empresas y un servicio de primera necesidad para los consumidores domésticos, para este Consejo no hay duda de que la conducta ha afectado al interés público».

La multa impuesta en esta ocasión ascendió a 10.685.000 euros. La Resolución ha sido confirmada, en todos sus extremos, por la SAN de 21 de noviembre de 2013²⁰.

C. RESOLUCIÓN DE 11 DE JUNIO DE 2012, EXPTE. S/0304/10 ENDESA

Este asunto, prácticamente idéntico al anterior, fue iniciado a raíz de un informe remitido por la extinta Comisión Nacional de la Energía (CNE)²¹ a la extinta CNC en el que alertaba de la transformación llevada a cabo por Endesa Energía XXI, S. L. (Endesa) de la situación contractual de determinados clientes sin derecho a acogerse a la tarifa de último recurso.

La estrategia puesta en práctica por Endesa se materializó, asimismo, a través del envío de cartas a los consumidores que transitoriamente estaban siendo suministrados por la CUR y que debían salir al mercado libre, en las cuales comunicaba el cambio automático de las condiciones del contrato de suministro al mercado libre, salvo que un plazo determinado después de la recepción de la carta, el cliente indicara lo contrario. El extinto Consejo consideró, de igual forma que en el caso anterior, que se había producido una violación de norma en el sentido del apartado 2 del art. 15 de la LCD, al no solicitar el consentimiento expreso del consumidor que pudiera ser acreditado por cualquier medio contrastable que permita garantizar la identidad del mismo, tal y como preveía la Disposición Adicional primera de la Orden ITC/1659/2009.

En segundo lugar, la Resolución puso de manifiesto que «la “salida” al mercado de una masa significativa de clientes, como lo son estos clientes sin derecho a TUR, forzados por la implantación de la TUR penalizada,

²⁰ Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, de 21 de noviembre de 2013, núm. recurso 197/2012.

²¹ Expediente informativo para analizar las causas que están provocando los retrasos surgidos para contratar el suministro con un comercializador libre, 2010.

constituía una oportunidad para los terceros competidores. Incentivados por el mayor coste que se les obligaba a soportar, los consumidores habrían buscado más activamente alternativas de suministro. De esta forma, los competidores hubieran tenido una mayor oportunidad de captar clientes y de dinamizarse el mercado. Sin embargo, la conducta de Endesa dificultó, cuando menos transitoriamente, que ello sucediera, traspasando a los clientes a mercado libre dentro de su propia cartera, obstaculizando el cambio y la competencia en precios».

Por ello, el extinto Consejo concluía que «resultaba innegable que se había producido una afectación de la competencia, en la medida en que el resto de comercializadoras se habían visto en desventaja para atraer a estos consumidores, lo que generó barreras adicionales al cambio de suministrador planificado por el legislador. Adicionalmente, la Resolución consideraba que dicha afectación era sensible o significativa. En primer lugar, por quien realizaba la conducta y su posición en el mercado. En segundo lugar, por la naturaleza de la conducta, que atentaba contra la apertura del mercado, contra la igualdad de condiciones de todos los operadores en el mismo y contra el principio de la libre elección del consumidor. En tercer lugar, por su alcance, que debía valorarse no respecto al total del mercado, sino de los consumidores sin derecho a TUR penalizados que podían salir al mercado libre, a los que los competidores hubieran podido optar».

Particularmente, respecto a la concurrencia del requisito de afectación al interés público, la Resolución declaró: «Se trata de una conducta que afecta a la comercialización de un bien esencial. En particular a los clientes más desinformados y con menor poder de negociación. Todo ello en un momento (2009-2010), en el que los poderes públicos trataban de fomentar la salida de estos clientes al mercado libre en condiciones transparentes y de manera que pudieran competir por ellos todos los comercializadores.

Respecto a la afirmación repetida por Endesa a lo largo de sus alegaciones de que la modificación de las cláusulas favorecía al cliente, hay que decir que la regulación no sólo pretende la protección del consumidor individual (objetivo al que sirven cláusulas como el art. 110 ter del RD 1955/2000). También pretende la protección del interés general plasmado en el funcionamiento competitivo del mercado, contra lo que la conducta de Endesa en este caso atenta y al que coadyuvan en cambio preceptos como la Disposición Adicional primera que ha resultado incumplida.

De hecho, difícilmente puede calificarse de beneficiosa para el consumidor una estrategia en la que:

- a) Se le presenta la normativa como algo que le va a causar un perjuicio, sin explicar su verdadero propósito.
- b) Incluso se le deja entrever que la misma puede exponerle a un corte en el suministro de un bien esencial.
- c) Apoyándose en ello, se le formula una oferta de manera ciertamente confusa, sin dejar claras las condiciones económicas. De algunas de las cartas no se desprende si quiera cuál es el precio al que se va

a producir el suministro. Sirva de ejemplo también de esta falta de transparencia y confusión la carta mandada a las administraciones públicas y la manera en que se redacta la rectificación (HP 4).

- d) No se sostiene tampoco la afirmación de que la conducta favorece al cliente cuando la propia Endesa reconoce que ha traspasado a los clientes no TUR, sin su consentimiento expreso, a unos precios menos competitivos que aquellos a los que, según los informes presentados por Endesa, otros competidores hubieran podido ofrecerles en el mercado libre.

No olvidemos que, mientras los clientes se suministran a TUR con recargo, este recargo sobre la TUR va al sistema de liquidación de la actividad regulada (HP 2.5). La conducta de Endesa no sólo ha supuesto que, los clientes traspasados en vez de obtener una oferta en condiciones de mercado (esa reducción de precios para la que los comercializadores tienen capacidad según Endesa) han obtenido sólo una rebaja del 2 por 100 de la TUR penalizada. Además, supone que la diferencia sobre la TUR, en vez de revertir al sistema vía penalización, ha constituido un ingreso para Endesa. La CNE advertía de este hecho en su informe antes citado:

“Además, se ocasiona un perjuicio al sistema, dado que con las actuaciones descritas, éste deja de percibir los ingresos obtenidos por los CUR sobre el precio de la TUR correspondientes al precio disuasorio que, de acuerdo con la regulación vigente, son considerados ingresos liquidables”.

Sin duda esta dimensión de la conducta también muestra claramente su impacto sobre el interés general, al afectar a los ingresos del sistema y, por ende, al déficit tarifario».

La Resolución imponía una sanción por conducta descrita de 5.475.000 euros y ha sido confirmada, igualmente, por la SAN de 31 de octubre de 2013²².

D. RESOLUCIÓN DE 17 DE SEPTIEMBRE DE 2013, EXPTE. S/410/12, ASCENSORES-2

Cambiando de sector, la última de las resoluciones sancionadoras en materia de aplicación del art. 3 se centra en el mercado de mantenimiento y conservación de aparatos elevadores.

El origen de este expediente son dos denuncias contra cinco empresas presentes en el mercado de mantenimiento de ascensores (Schindler, S. A., Zardoya Otis, S. A., Ascensores Eninter, S. L., Ascensores Imem, S. L., Industrial de Elevación, S. A.) por supuestas conductas contrarias al art. 3 LDC, consistentes en obstaculizar la actividad de los competidores en dicho mercado a través del empleo de medios desleales, tales como comunicaciones a clientes con contenido engañoso y denigratorio sobre las

²² Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, de 31 de octubre de 2013, núm. recurso 340/2012.

actividades de sus rivales en el mantenimiento de ascensores y suministro de piezas de recambio, y actos de inducción a la infracción contractual con la intención de eliminar a competidores del mercado.

La principal característica de la actividad de mantenimiento y reparación, es su carácter secundario (mercados comúnmente denominados *aftermarkets*) en relación con la venta e instalación de ascensores, dado que el servicio de mantenimiento y reparación se demanda en la medida en que existe un parque de ascensores ya instalado que lo necesita. En este sentido, el Informe publicado por la extinta CNC sobre el funcionamiento del mercado de mantenimiento de ascensores en España (2011) ya puso de manifiesto que este mercado presenta los rasgos de un mercado altamente vinculado al mercado primario de instalación, caracterizado por un escaso dinamismo competitivo, apuntando como razones para ello, el alto grado de concentración de la oferta de mantenimiento, una tasa de rotación de clientes muy baja y la acusada especialización de los operadores principales del mercado en el mantenimiento de los ascensores que fabrican o instalan.

En este contexto, la conducta sancionada se sustenta en las comunicaciones remitidas a los clientes por comerciales de Otis, Schindler, Eninter e Imem y, en particular, en las afirmaciones y declaraciones contenidas en las mismas con contenido denigratorio y engañoso. Así, constan como hechos acreditados la remisión de comunicaciones, normalmente ante el preaviso del cliente de darse de baja para contratar con otro operador, realizando afirmaciones de forma genérica tales como: «Dichas empresas no suelen disponer de departamentos técnicos, ni ingenierías de apoyo, ni redes amplias que den la cobertura que precisa el mantenimiento veinticuatro horas de un ascensor, y no suelen emplear piezas originales»; «hay empresas, no fabricantes, que a falta de otros argumentos válidos, sólo pueden ofrecer un bajo precio en la cuota de mantenimiento, siendo habitual que promuevan la sustitución innecesaria de componentes por falta de piezas o desconocimiento de su funcionamiento»; «a día de hoy han aparecido una gran cantidad de empresas de pequeño tamaño, provenientes muchas de ellas de oficios de la electricidad, sin experiencia ni soporte técnico»; «que los repuestos serían conseguidos sin una garantía por parte del fabricante de origen y sin una garantía para el buen funcionamiento del aparato elevador». Otras comunicaciones se referían, sin embargo, a una empresa competidora en particular: «City Lift es una franquicia de ascensores, búscalo en internet, si pagas 9.000 euros tú también puedes ser ascensorista. El contrato de City Lift no garantiza nada, ni se responsabilizan de nada».

La Resolución declaró que, efectivamente, las comunicaciones obrantes en el expediente tienen un contenido denigratorio y constituyen actos de competencia desleal, al poner en entredicho, de forma genérica o específica, la capacidad técnica, profesional y económica de otras empresas competidoras pequeñas y de reciente creación que no se encuentran integradas verticalmente, al tiempo que siembran la duda a los clientes acerca de la calidad y seguridad del servicio que prestan los terceros competidores, haciéndoles saber datos erróneos y falsos que exceden de ser una información

objetiva y pertinente para la correcta y racional formación de la toma de decisiones de los destinatarios de las mismas.

En este sentido, la Resolución considera probado que las cartas o circulares se activan en el momento en que un cliente les comunica que tiene una oferta más competitiva. Y que las mismas no proponen mejores condiciones en precios o servicio para retener al cliente, sino que trasladan al cliente una serie de informaciones negativas sobre los competidores, datos erróneos o falsos, como la ausencia de determinadas homologaciones, las dificultades o imposibilidad de la obtención de piezas originales, apelando, además, a los riesgos, tanto personales como de seguridad del aparato, inherentes a la contratación con ellos.

Por lo que se refiere a su potencial para afectar el interés público tutelado, la Resolución parte de que las manifestaciones contenidas en las comunicaciones deben situarse en su contexto jurídico y económico. Así, señala que las empresas fabricantes e instaladoras de ascensores son operadores verticalmente integrados que parten con una ventaja competitiva en el mercado conexo de mantenimiento y reparación de ascensores: «Esta estructura de mercado, caracterizada por operadores más fuertes con redes en el mercado minorista genera, como ya se ha señalado, barreras a la entrada en el mercado de instalación y mantenimiento. En este contexto los operadores imputados han llevado a cabo las conductas descritas y calificadas ya como actos desleales. Con ello, Otis, Schindler, Eninter e Imem refuerzan las barreras a la entrada en el mercado de terceros competidores mantenedores que no se encuentran verticalmente integrados, obstaculizando la competencia y entorpeciendo la consolidación de las pequeñas empresas dedicadas al mantenimiento y reparación de ascensores fabricados e instalados por otros operadores».

Asimismo, se destaca como elemento relevante en el análisis el hecho de que «las imputadas cuentan con un número de clientes considerable, siendo algunas de ellas las principales empresas en el sector de los ascensores actuando en todo territorio nacional. Además, el hecho de que no exista un registro por parte de estas empresas que permita cuantificar el número de misivas de contenido desleal enviadas a los clientes, e incluso en su intento de cuantificarlas como hace Schindler, no impide que estemos ante una práctica conocida en el sector puesto que algunas imputadas (Otis, Schindler, Imem) han reconocido que muchas de esas comunicaciones son modelos y que han sido enviados en más ocasiones que las que constan en el presente caso. Por tanto, el Consejo considera que la conducta que imputa la DI ha quedado debidamente probada de forma clara y suficiente. La documentación que obra en el expediente revela que las comunicaciones de contenido desleal remitidas por éstas a sus clientes han sido una práctica seguida por todas ellas en el sector y en ellas se descalifica o denigra a los competidores, especialmente a los mantenedores que no son a su vez fabricantes o instaladores de ascensores».

En contraposición, por lo que se refiere a la denuncia contra Industrial de Elevación, S. A., la quinta empresa imputada en el expediente, la Resolución

valoró que el acto de inducción a la infracción contractual llevado a cabo por esta empresa no tiene la misma naturaleza que las acciones denigratorias realizadas por el resto y que, considerando el hecho de que no se acreditara la utilización genérica o habitual de este tipo de comunicaciones, más allá del caso puntual, no podía mantenerse que este comportamiento trascendiera la mera relación entre particulares y tuviera el impacto suficiente sobre el funcionamiento competitivo del mercado para poder ser considerada una infracción de la LDC, por lo que su represión debía quedar reservada a la LCD y su enjuiciamiento a los órganos de la jurisdicción ordinaria.

E. RESOLUCIONES DE ARCHIVO

Como suele ser habitual y lógico tratándose de la aplicación del art. 3 de la LDC, también han sido numerosas las resoluciones dictadas en este último periodo archivando las actuaciones examinadas a la luz del precepto mencionado. Baste señalar en tal sentido las de 28 de noviembre de 2011, expte. S/0370/11 Apple; de 15 de diciembre de 2011, expte. S/0350/11 Asistencia en Carretera; de 16 de enero de 2012, expte. S/0353/11 Cespa Gestión de Residuos; de 27 de enero de 2012, expte. S/0377/11 Amazon; de 12 de mayo de 2012; S/0308/10 Agrupación Técnica Profesional de Asesores de la Propiedad Inmobiliaria; de 9 de enero de 2013, expte. S/0299/10 Consejo Colegios Odontólogos y Estomatólogos; de 26 de junio de 2013, expte. S/0458/13 Ascensores 3; de 13 de febrero de 2014, expte. S/0456/13 Carrefour; y de 10 de abril de 2014, expte. S/DC/0508/14 Dia, S. A.

En todas ellas se concluye que la conducta valorada no tenía la entidad suficiente para afectar al interés público protegido por la legislación de defensa de la competencia. A tal efecto se tienen en cuenta circunstancias tales como la afectación de la conducta a un número muy reducido de dispositivos electrónicos (71); la aportación de nueve tickets de compra referidos a un número muy reducido de artículos en relación con la totalidad de artículos que vende la denunciada; el hecho de que no quepa presumir que de la conducta se puedan derivar cambios en los parámetros comerciales (calidad, cantidad o precio) de los productos ofertados; la no acreditación de la existencia de un perjuicio que esté limitando las condiciones de competencia en el mercado de la distribución minorista de bienes de consumo ni del nexo entre el daño y la conducta denunciada en el caso de ventas a pérdidas; la no afectación a la competencia en ninguno de los posibles mercados afectados y en ningún caso a la competencia entre los agentes de la propiedad inmobiliaria; la posición relativa de la denunciada el mercado; el alcance limitado (a la denunciante, denunciada y a la Administración Pública) de las manifestaciones vertidas por la denunciada en el marco de un procedimiento judicial.

A este respecto merece ser destacado que las dos resoluciones de archivo más recientes aludidas (exptes. S/0456/13 Carrefour y S/DC/0508/14 Dia, S. A.) han sido ya dictadas por la Sala de Competencia de la nueva

Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC)²³, por lo que se puede prever, con la cautela derivada de la inexistencia de una resolución sancionadora que aportaría sin duda más datos sobre la cuestión, que las pautas generales y la metodología concreta de aplicación de este artículo por el nuevo organismo van a ser coherentes con las establecidas por el anterior Consejo de la CNC.

4. PAUTAS DE INTERPRETACIÓN DEL CONCEPTO DE AFECTACIÓN AL INTERÉS PÚBLICO EN RELACIÓN CON EL ART. 3 DE LDC

De las anteriores resoluciones examinadas puede colegirse con bastante precisión cuáles son los criterios principales sobre los que la Autoridad de Competencia ha fundamentado últimamente la afectación al interés público de la conducta analizada y, por ende, su competencia para sancionar prácticas desleales en virtud del art. 3.

Al respecto hay que señalar, con carácter previo, que de los más recientes pronunciamientos se puede advertir cierta tendencia, positiva a nuestro juicio, de conformidad con lo expuesto en las primeras páginas de este trabajo, a valorar de forma conjunta los últimos dos requisitos de aplicabilidad del precepto, esto es, el falseamiento de la libre competencia y la afectación al interés público. Esto se refleja particularmente en la Resolución ATR Gas Natural, donde se declara, una vez afirmada la deslealtad de la conducta, que la existencia de una infracción del art. 3 requiere, además, demostrar «la afectación al interés público por falsear la competencia», argumentando seguidamente los criterios en los que se funda la concurrencia de este presupuesto. Adicionalmente, si bien en las otras resoluciones se analizan de forma separada y autónoma, lo cierto es que los razonamientos esgrimidos en uno y otro caso son esencialmente idénticos. Ello demuestra los problemas que, tanto desde un punto de vista conceptual como práctico, tal distinción plantea e, incluso, la futilidad de la misma, considerando la dependencia recíproca ya apuntada de ambos requisitos. Lo relevante, en todo caso, será acreditar los efectos cualificados que tienen dichos actos desleales, que deberán ser apreciables y relevantes desde la perspectiva de la libre concurrencia en el mercado.

Pues bien, de lo expuesto anteriormente se puede inferir que la Autoridad de Competencia ha basado la afectación al interés público de las actuaciones enjuiciadas, principalmente, en cuatro elementos comunes a todas ellas, que pueden resumirse del siguiente modo: 1) Quién realiza las conductas; 2) a quién afectan dichas prácticas; 3) el alcance cualificado de las mismas, y 4) las características particulares de los mercados en las que se llevan a cabo.

En primer lugar, todas las resoluciones toman en consideración la especial entidad de las empresas que llevan a cabo las prácticas desleales

²³ Creada mediante Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (BOE núm. 134, de 5 de junio de 2013, pp. 42191-42243).

sancionadas. Así, en los primeros casos analizados, las actuaciones fueron desarrolladas bien por el antiguo monopolista, incumbente en el mercado liberalizado (Gas Natural), bien por las sociedades comercializadoras de los dos principales grupos energéticos de nuestro país (que, en el momento en el que tienen lugar las conductas sancionadas, tenían cuotas de 40,5 por 100 —Iberdrola—, y 36,6 por 100 —Endesa—), y que, adicionalmente, se encontraban entre las únicas cinco comercializadoras de último recurso designadas legalmente.

Por lo que se refiere al expediente Ascensores-2, se tiene en cuenta que se trataba de operadores verticalmente integrados que parten con una ventaja competitiva en el mercado conexo de mantenimiento y reparación de ascensores y que, además, se encontraban entre las principales empresas en el sector de los ascensores actuando en todo el territorio nacional. En este sentido, de acuerdo con el Informe sobre el sector publicado por la extinta CNC en 2011, tres de las cuatro empresas sancionadas se encuentran entre los diez operadores principales tanto del mercado de instalación como mantenimiento, siendo una de ellas, Otis, la principal empresa del mercado en términos de cuota de instalación y mantenimiento.

Por tanto, puede concluirse que en los últimos casos sancionados, el art. 3 ha sido aplicado, mayoritariamente, a empresas que si bien no gozan de una posición dominante en el mercado, cuentan con una posición privilegiada o de relativa fortaleza, capaz de dotar a sus actuaciones de efectos de especial entidad en el mercado. En el último asunto, además, de la resolución parece deducirse también la especial consideración de que se trataba, no de una conducta individual, sino de conductas generalizadas en el mercado por parte de las empresas verticalmente integradas con el consiguiente efecto acumulativo de las mismas.

En segundo término, se valora particularmente el colectivo afectado por las prácticas realizadas. En el caso de las resoluciones referentes al mercado de suministro minorista de gas y electricidad se hace especial hincapié en los destinatarios directos de las cartas, consumidores domésticos y pequeñas y medianas empresas, poniendo de manifiesto, asimismo, que se trataba de los clientes más desinformados y con menor poder de negociación. Por otra parte, en la Resolución Ascensores-2 se resalta la aptitud de las comunicaciones remitidas para alterar la correcta y racional formación del proceso de toma de decisiones de los consumidores a los que aquéllas iban dirigidas.

De esta forma parece subrayarse la especial funcionalidad del art. 3 en la protección directa de los intereses de los consumidores, más allá de la protección indirecta o mediata que dispensan las prohibiciones típicas de la normativa *antitrust*, toda vez que su objetivo inmediato consiste en asegurar que las empresas compitan, que no abusen de su poder de mercado o que no adquieran éste a través de fusiones anticompetitivas²⁴.

²⁴ En la jurisprudencia, Sentencias del Tribunal General (Sala 5.^a), de 9 de septiembre de 2010, asunto T-155/06, *Tomra c. Comisión*, apartado 206; y de 14 de abril de 2011, asunto T-461/07, *Visa c. Comisión*, apartado 118.

Adicionalmente, las resoluciones analizadas subrayan el alcance de las conductas en clave cuantitativa. En la Resolución ATR Gas Natural se alude a su millonario alcance, al haber sido remitida la carta a más de cinco millones de consumidores. En el caso de *Iberdrola y Endesa*, se valora también la magnitud de la estrategia desleal aunque en términos relativos, esto es, no respecto del total del mercado de suministro minorista, sino de los consumidores que al no tener derecho a TUR debían salir al mercado libre (339.012 y 327.241, respectivamente).

En el asunto *Ascensores-2*, aunque la Resolución reconoce la imposibilidad de cuantificar el número de misivas de contenido desleal enviadas a los clientes (por la propia dificultad de las empresas para ello), consideraba, a estos efectos, que las empresas contaban con un número de clientes considerable, siendo algunas de ellas las principales empresas en el sector actuando en todo el territorio nacional, y que la mayoría de ellas reconocieron que muchas de esas comunicaciones eran modelos y que habían sido enviadas en más ocasiones que las que constaban en el expediente. En definitiva, en este supuesto, el extinto Consejo tuvo en cuenta que se trataba de una práctica generalizada, que afectaba a un número indeterminado pero indudablemente alto de consumidores, por lo que el efecto de la misma en el mercado era, sin duda, significativo.

Además, en todas ellas se tiene en cuenta que las actuaciones desleales llevadas a cabo no tienen por objeto perjudicar la posición competitiva de un concreto competidor, sino la de todos los competidores, o, al menos, los competidores que, por circunstancias, encuentran más dificultades para acceder al mercado.

Por último, todos estos pronunciamientos tienen en cuenta, asimismo, las especiales características del mercado en el que se llevan a cabo y, en particular, las dificultades y barreras existentes en los mismos para la existencia de una competencia efectiva. En las conductas sancionadas en los mercados de gas y electricidad se resaltó particularmente esta consideración atendiendo al momento temporal en el que las mismas se llevaron a cabo, en pleno proceso de liberalización del mercado de suministro eléctrico y gasístico, en el que los poderes públicos trataban de fomentar la salida al mercado libre de los clientes con menor disposición al cambio, de tal manera que pudieran competir por ellos todos los comercializadores, donde una gran proporción de la demanda presenta una enorme inercia a suministrarse de la comercializadora verticalmente integrada con su distribuidor, y donde el crecimiento de nuevos puntos de suministro es limitado.

Asimismo, en la Resolución de 17 de septiembre de 2013 se tiene en cuenta también la estructura particular del mercado de mantenimiento y reparación de ascensores, caracterizado por una fuerte vinculación de las actividades de instalación y conservación, por un predominio de las empresas verticalmente integradas y por la dificultad para acceder al mercado de mantenimiento y reparación de los operadores no integrados.

Éstos constituyen, por tanto, en la doctrina más reciente de la Autoridad de Competencia que, además, ha sido refrendada por los Tribunales, los cuatro criterios de interpretación del requisito de «afectación del interés público por falsear la competencia». Entendemos, por lo demás, que ello no significa que en todo caso deban concurrir simultáneamente para que la conducta se pueda incardinar en el art. 3 de la LDC, pero muestran el especial celo de la autoridad en circunscribir su actuación y facultad sancionadora a aquellas conductas desleales que, tanto con una aproximación cuantitativa como cualitativa, tengan realmente un alcance notorio y unos efectos apreciables en el mercado desde el punto de vista de la libre competencia.

Por otra parte, hemos de referirnos a las menciones incluidas en alguna de las resoluciones precedentes que apuntan a otros elementos de juicio para valorar la concurrencia del mencionado requisito como son la afectación a un *input* básico de la economía o bien esencial para la población, refiriéndose al suministro minorista de gas y electricidad, o la afectación a los ingresos del sistema y al déficit tarifario, aludiendo a los ingresos obtenidos por los CUR sobre el precio de la TUR una vez que los clientes habían sido traspasados al mercado libre. Aunque pueda ser censurable la utilización de estos argumentos en sede de aplicación del art. 3 y, más genéricamente, de la Ley de Defensa de la Competencia, toda vez que venimos defendiendo desde un principio que el interés público comprometido por el precepto solamente puede ser el interés público de la libre competencia, esto es, a la instauración, potenciación o mantenimiento de la estructura o del proceso competitivo del mercado en cuestión, no obstante, hemos de observar que los mismos son utilizados en todas ellas como argumentos complementarios, que no definitorios o esenciales, en la acreditación del cumplimiento del requisito afectación al interés público.

De igual manera, en ocasiones se ha criticado²⁵ que, en contra de su propia doctrina establecida sobre la metodología de análisis de los requisitos establecidos en el art. 3, la Autoridad de Competencia siga examinando primeramente si existe un acto de competencia desleal, para a continuación valorar si el mismo tiene aptitud para falsear la competencia, determinando finalmente si afecta al interés público o no. En este sentido se puede confirmar que el procedimiento de análisis del órgano instructor y, entendemos que igualmente del órgano de resolución, parte de verificar si en el asunto particular denunciado o investigado hay indicios de afectación del interés público de la libre competencia, y solamente en el supuesto en el que esta cuestión sea contestada positivamente tiene lugar la valoración y calificación jurídica de las conductas con arreglo a la legislación general de competencia desleal. Cuestión distinta es que, tal y como dichas críticas apuntan, por razones de claridad sistemática, posteriormente, la exposición del correspondiente análisis se haga siguiendo el orden y estructura utilizados en el precepto.

²⁵ S. CABRERA ZARAGOZA y A. ESCUDERO PUENTE, *op. cit.*, pp. 242-243.

5. CONCLUSIONES

La actividad de la Autoridad de Competencia en los últimos años, por causa de las importantes multas impuestas y la entidad de los operadores implicados, ha vuelto a reivindicar el valor del art. 3 de la LDC y la funcionalidad de su aplicación como norma de cierre del sistema normativo de defensa de la competencia.

Así, la experiencia reciente muestra que se ha revelado especialmente efectivo en la represión de las actuaciones unilaterales, pero en algunos casos generalizadas, de empresas no dominantes que son capaces de dotar a su conducta de efectos especialmente relevantes desde la perspectiva de la defensa de la competencia, llevadas a cabo en mercados en los que, por su propia idiosincrasia, es necesaria una estricta supervisión para garantizar un nivel suficiente de competencia en los mismos.

Además, los últimos pronunciamientos de la autoridad española sancionando actuaciones con incidencia directa sobre los consumidores y sobre su capacidad de decisión avalarían, asimismo, la función tuitiva directa de los intereses de los consumidores que, de modo excepcional, otorga la normativa de defensa de la competencia, en este caso, vía art. 3 de la LDC, y en otros, mediante su legitimación para la reclamación de daños y perjuicios por infracciones de competencia o la consideración a su participación equitativa en las ventajas de un acuerdo para la inaplicación de la prohibición general del art. 1, en virtud de lo establecido en el art. 1.3.a) de la LDC.

Todo ello, sin embargo, no impide reconocer su carácter residual o secundario respecto de las prohibiciones típicas de la normativa *antitrust*, considerando que la represión de los actos desleales sólo incumbirá a los órganos de defensa de la competencia en la medida que se cumpla el requisito clave de aplicación del precepto, que no es otro sino la afectación al interés público protegido por la Ley de defensa de la competencia.

Los últimos pronunciamientos que a este respecto se han analizado a lo largo de este artículo, confirmados en su gran mayoría por las instancias judiciales, demuestran el afán de la autoridad administrativa de delimitar de forma rigurosa sus facultades de investigación y sanción en materia desleal atendiendo a criterios como la posición privilegiada de la empresa que lleva a cabo la conducta, el alcance cuantitativo de la misma, el mercado en fase de liberalización en el que se realiza, el efecto acumulativo de prácticas generalizadas o el colectivo especialmente desprotegido y desinformado de consumidores al que se dirigen.

En tal sentido, y dada la reforma institucional acaecida recientemente, esperamos que la Sala de Competencia de la nueva CNMC siga la ruta marcada en las últimas resoluciones por el anterior organismo en orden a acreditar rigurosamente qué actos desleales afectan al orden público concurrencial y cuáles no, de acuerdo con los criterios funcionales expuestos, en beneficio tanto de la potenciación y el fomento de la competencia en mercados que plantean más problemas desde esta perspectiva, como del propio bienestar de los consumidores.

EL DERECHO DE ACCESO Y LA CONFIDENCIALIDAD EN LOS EXPEDIENTES ADMINISTRATIVOS SANCIONADORES POR PRESUNTAS INFRACCIONES PREVISTAS EN LA LEY 15/2007

Sergio SINOVAS CABALLERO LL.M*

1. INTRODUCCIÓN

El preámbulo de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (Ley 19/2013), establece que la transparencia, el acceso a la información pública y las normas de buen gobierno deben ser los ejes fundamentales de toda acción política. Sólo cuando los ciudadanos puedan conocer los criterios de actuación de las instituciones públicas financiadas con sus impuestos se podrá hablar de la existencia de una sociedad crítica y corresponsable con la actuación de sus poderes públicos, pues como decía Cicerón: «Las leyes se han hecho para el bien de los ciudadanos».

El derecho de acceso a los expedientes administrativos sancionadores incoados en virtud de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), supondrá, entre otros, el derecho de los presuntos responsables de una infracción administrativa a conocer todos los documentos inculpatorios y exculpatorios relevantes para determinar el alcance, contenido y efectos de las infracciones que se les imputen, como una de las manifestaciones del derecho a la defensa recogido en el art. 24 de la Carta Magna.

En el presente artículo se analiza el derecho de acceso al expediente en el marco de los procedimientos administrativos sancionadores incoados en virtud de lo establecido en la LDC, así como el alcance de la principal de sus limitaciones, referida a la declaración de la confidencialidad de la información obrante en los mismos, en una serie de supuestos y bajo el cumplimiento de determinados requisitos.

* Magister Legum LL.M. Administrador Civil del Estado. Subdirector Adjunto de la Subdirección General de Cárteles y Clemencia de la Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Las opiniones, interpretaciones y conclusiones expresadas en este trabajo son las de su autor, y no representan las opiniones de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC).

Así, en primer lugar, se analizará la normativa tanto nacional como comunitaria reguladora del acceso al expediente administrativo y las limitaciones al ejercicio del mismo.

Posteriormente se analizará la doctrina del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), y de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC) relativa al ejercicio y limitación de dicho derecho al acceso al expediente administrativo sancionador distinguiendo los supuestos de declaración de confidencialidad, así como los supuestos de denegación de la misma. Completando el análisis con la confidencialidad de la las solicitud clemencia presentada en virtud de lo establecido en los arts. 65 y 66 de la LDC y finalizando con unas conclusiones.

El análisis se completa con la interpretación y alcance que de dicho derecho de acceso y sus limitaciones han venido realizando los Tribunales españoles y comunitarios.

2. NORMATIVA

A. NORMATIVA NACIONAL

La Constitución Española dispone en su art. 105, letra *b*) que la regulación del acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos se realizará por vía legal, introduciendo una serie de limitaciones al mismo:

«La Ley regulará: [...] El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas».

El Tribunal Supremo ha establecido que este derecho de acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos no constituye un derecho fundamental, aunque esté relacionado con el derecho de participación política, de libertad de información y de tutela judicial efectiva, que implica una potestad de participación del ciudadano que facilita el ejercicio de la crítica del poder y que constituye un procedimiento indirecto de fiscalizar la sumisión de la Administración a la ley y de permitir con más eficacia el control de su actuación por la jurisdicción contencioso-administrativa¹.

El contenido de este derecho de acceso al expediente es así mismo objeto de regulación en el art. 41, apartado 2, letras *a*) y *b*) de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, como parte del derecho de los ciudadanos europeos a una buena administración²:

«Toda persona tiene derecho a que las instituciones y órganos 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

¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 1999.

² *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea* publicada en el *DOUE* núm. 326, de 26 de octubre de 2012.

a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial».

En cuanto a la normativa española de régimen general, el art. 35, letra *a*) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/92), consagra el derecho de los ciudadanos a conocer, en cualquier momento, el estado de la tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesados y obtener copias de documentos contenidos en ellos.

El art. 37 de la Ley 30/92, modificado por la Ley 19/2013, establece que el derecho de los ciudadanos a acceder a la información pública, archivos y registros en los términos y con las condiciones establecidas en la Constitución, en la Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno y demás leyes que resulten de aplicación.

Dicho art. 37 de la Ley 30/1992 regula así mismo las excepciones y limitaciones al ejercicio del derecho de los ciudadanos al acceso a la información pública, y así en su apartado 4.º se recoge que «el ejercicio de los derechos que establecen los apartados anteriores podrá ser denegado cuando prevalezcan razones de interés público, por intereses de terceros más dignos de protección o cuando así lo disponga una Ley, debiendo, en estos casos, el órgano competente dictar resolución motivada» y el apartado 5.º, letra *d*), matiza que el derecho de acceso «no podrá ser ejercido respecto a una serie de expedientes, entre los relativos a materias protegidas por el secreto comercial o industrial».

La Ley 19/2013, cuyas disposiciones recogidas en su Título I son de aplicación a la Administración General del Estado, Comunidades Autónomas y Entidades Locales y que entrarán en vigor en diciembre de 2014, establece en su art. 12 el derecho a acceder a la información pública de todas las personas en los términos previstos en el art. 105, letra *b*) de la Constitución Española. Entendiendo su art. 2 como información pública «los contenidos o documentos, cualquiera que sea su formato o soporte, que obren en poder de alguno de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de este título y que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones».

Dicho derecho de acceso a la información pública es, sin embargo, objeto de una serie de modulaciones y excepciones recogidas, entre otros, en su art. 14 sobre la base de un perjuicio, entre otros, al «secreto profesional y la propiedad intelectual e industrial». El apartado 2 del citado art. 14 dispone, sin embargo, que la limitación en el derecho de acceso será «justificada y proporcionada a su objeto y finalidad de protección y atenderá a las circunstancias del caso concreto, especialmente a la concurrencia de un interés público o privado superior que justifique el acceso».

En lo relativo a la normativa específica reguladora de los procedimientos administrativos sancionadores incoados en virtud de lo establecido en la LDC, el art. 42 introduce una limitación al derecho de acceso al expediente administrativo al establecer la posibilidad de que la Administración ordene,

de oficio o a instancia de parte, el mantenimiento como secretos de los datos o documentos que consideren confidenciales: «En cualquier momento del procedimiento, se podrá ordenar, de oficio o a instancia de parte, que se mantengan secretos los datos o documentos que consideren confidenciales, formando con ellos pieza separada».

Dicha calificación limitará por tanto el acceso al expediente del resto de las partes interesados en el expediente sancionador por presuntas infracciones administrativas recogidas en la LDC, mediante la elaboración de una versión confidencial en el expediente de referencia.

El art. 20 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC), regula el tratamiento de información confidencial en el expediente sancionador, señalando los requisitos formales que el solicitante debe cumplir, relativos a la motivación y a la aportación de una versión no confidencial:

«Cualquier persona que presente documentos ante la Comisión Nacional de la Competencia, al solicitar la confidencialidad de datos o informaciones, deberá hacerlo de forma motivada ante el órgano competente en el marco de la tramitación del expediente en cuestión, y deberá presentar, además, una versión no confidencial de los mismos».

Por otro lado, como una particularidad introducida en la LDC sobre el acceso a la información contenida en los expedientes sancionadores por presuntas infracciones con recogidas en la LDC, el art. 43 estableció el deber de secreto sobre los hechos de los que se haya tenido conocimiento a través de los expedientes, por parte de todos aquellos que hayan conocido dichos expedientes previstos en la LDC por razón de su profesión, cargo o intervención como parte en el mismo. Deber de secreto de las partes que la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC ha recordado con asiduidad en la mayoría de sus Resoluciones sobre el derecho de acceso al expediente y el carácter confidencial de determinada información³.

La limitación de dicho derecho de acceso al expediente del ciudadano, en general, y de las partes interesadas en el expediente administrativo por presuntas infracciones de la LDC, en particular, mediante la denegación al acceso a determinada documentación, exigirá como ha señalado el Tribunal Supremo de una especial intensidad analítica en relación tanto con las razones que imponen el mantenimiento de la confidencialidad como de las razones que exigen su levantamiento⁴.

Dicho ejercicio de especial análisis y motivación, tanto en vía administrativa como judicial, deberá de realizarse para cada uno de los documentos solicitados por las partes, pues la ausencia de motivación podría ser causa de nulidad por vulnerar dicho art. 24 de la Constitución Española, pero sólo

³ Resoluciones de la Sala de Competencia de la CNMC de 22 de noviembre de 2013, expte. R/0152/13, Transportes Antonio Belzunces; de 24 de enero de 2014, expte. R/015/13, Transportes Carlos; de 7 de febrero de 2014; expte. R/0161/13, SBS y de 2 de abril de 2014, expte. R/DC/0009/14, Europac.

⁴ Autos del Tribunal Supremo de 31 de enero, 13 de julio y 5 de octubre de 2007.

si es generadora de indefensión⁵. En este sentido, en algunos supuestos el Tribunal Supremo decidió el levantamiento de la confidencialidad de determinada información hasta entonces confidencial para de esta manera evitar la indefensión de alguna de las partes⁶:

«[...] desde la perspectiva conjunta de no provocar indefensión a ninguna de las partes del proceso y, a la vez, mantener el equilibrio entre el conocimiento procesal de determinados datos relevantes para el éxito de las pretensiones pero simultáneamente amparados, en principio, por el secreto comercial, y vista la falta de referencias normativas explícitas en esta materia aplicables a los procesos jurisdiccionales, la Sala considera que los demandantes deben tener acceso a una parte de los documentos hasta ahora considerados confidenciales».

En relación con el concepto de indefensión, vale la pena recordar la definición que realizó el Tribunal Constitucional⁷ y que ha sido recogida en las Resoluciones del Consejo de la antigua CNC y de la actual Sala de Competencia del Consejo de la CNMC⁸:

«[...] la indefensión supone una limitación de los medios de defensa producida por la indebida actuación de los órganos correspondientes».

«[...] no se da indefensión cuando ha existido la posibilidad de defenderse en términos reales y efectivos».

En el ámbito de los expedientes administrativos incoados bajo la LDC, este ejercicio de especial intensidad analítica de las razones y motivos por las que se limita el derecho al acceso del expediente mediante la declaración de confidencialidad será competencia de la Administración responsable de la instrucción del expediente administrativo afectado⁹, que de acuerdo con lo establecido por el Tribunal Supremo, es actualmente la CNMC¹⁰:

«La declaración de confidencialidad está reservada por el Ordenamiento Jurídico a unos organismos (el Servicio de Defensa de la Competencia y el Tribunal de Defensa de la Competencia) configurados conforme a un status de autonomía funcional y dotados de amplios conocimientos para valorar cuestiones técnicamente complejas, en las que confluyen multitud de factores que afectan no sólo a las partes en el proceso sino también a terceros e incluso a sectores completos de la actividad económica».

En relación con el derecho de acceso al expediente es importante recoger que la Audiencia Nacional en su Sentencia de 29 de julio de 2014, citando Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea¹¹, ha

⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 1997 y Sentencias de la Audiencia Nacional de 16 de enero de 2008, 2 de junio de 2009 y 29 de julio de 2014.

⁶ Auto del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 2005, núm. rec. 533/1994.

⁷ Sentencias del Tribunal Constitucional 71/1984 y 64/1986.

⁸ Resolución del Consejo de la CNC de 22 de noviembre de 2013, expte. R/0152/13, Antonio Belzunces y Resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC de 2 de abril de 2014, expte. R/DC/0009/14, Europac.

⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 1997 y Sentencias de la Audiencia Nacional de 16 de enero de 2008 y 2 de julio de 2009.

¹⁰ Auto del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2007 (rec. 256/2005).

¹¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de octubre de 2011, asunto *Solvay-Comisión*, asunto C109/10 P, apartado 54; Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de octubre de 2002, *Limburgse Vinyl*

señalado que dicho derecho de acceso al expediente supone que la parte interesada pueda exponer de modo útil su punto de vista sobre la realidad y la pertinencia de los hechos y las circunstancias alegadas sobre los documentos que el Órgano instructor tuvo en cuenta para fundamentar su resolución (documentos inculpativos o exculpativos)¹²:

«54. Tal como recordó acertadamente el Tribunal General en el apartado 405 de la sentencia recurrida, el derecho de acceso al expediente implica que la Comisión debe dar a la empresa afectada la posibilidad de examinar todos los documentos incluidos en el expediente de la instrucción que puedan ser pertinentes para su defensa. Estos documentos comprenden tanto las pruebas de cargo como las de descargo, con excepción de los secretos comerciales de otras empresas, de los documentos internos de la Comisión y de otras informaciones confidenciales».

Por todo lo anterior, es evidente que la aplicación práctica de la limitación al derecho de acceso al expediente administrativo mediante la declaración de la confidencialidad de determinada documentación por el órgano instructor implica un ejercicio de análisis teórico y práctico, dotado en muchas ocasiones de una elevada complejidad técnica y jurídica, entre otras razones por la condición de «concepto jurídico indeterminado»¹³ de los conceptos de confidencial y/o secreto comercial, así como por la valoración circunstanciada, caso a caso, que han exigido los Tribunales nacionales y comunitarios en estos casos.

B. NORMATIVA COMUNITARIA

En el Ordenamiento Jurídico Comunitario la regulación del derecho de acceso al expediente viene recogida en los apartados 1 y 2 del art. 27 del Reglamento (CE) núm. 1/2003, del Consejo, en el apartado 1 del art. 15 del Reglamento (CE) núm. 773/2004, de la Comisión, en los apartados 1 y 3 del art. 18 del Reglamento (CE) núm. 139/2004, del Consejo y en el apartado 1 del art. 17 del Reglamento (CE) núm. 802/2004, de la Comisión la Comunicación de la Comisión. Para definir el marco jurídico aplicable al ejercicio del derecho establecido en las citadas disposiciones, la Comisión Europea (CE) publicó una Comunicación el 22 de diciembre de 2005 relativa a las normas de acceso al expediente de la Comisión en los supuestos de aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea, actuales arts. 101 y 102 del Tratado para el Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), los arts. 53, 54 y 57 del Acuerdo EEE, y el Reglamento (CE) núm. 139/2004 del Consejo (2005/C 325/07) (Comunicación de la CE).

En dicha Comunicación de la CE en su apartado 3 se establece que el término «acceso al expediente» se utilizará exclusivamente para designar el

Maatschappij y otros/Comisión, C-238/99 P, apartado 315, y Sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de enero de 2004, *Aalborg Portland y otros/Comisión*, C-204/00 P, apartado 68.

¹² Sentencia de la Audiencia Nacional de 29 de julio de 2014, rec. 172/20013.

¹³ Sentencia de la Audiencia Nacional de 2 de diciembre de 2011, rec. 756/2010.

acceso concedido a las personas, empresas y asociaciones de empresas a las que la CE ha enviado un pliego de cargos en calidad de destinatarias dentro de un procedimiento administrativo sancionador. En relación con el alcance de dicho acceso, la Sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de febrero de 2014 excluyó del derecho de acceso a las partes de un procedimiento de aplicación del art. 81 del Tratado de la Comunidad Europea actual art. 101 del TFUE¹⁴:

«De ello resulta que no sólo las partes en un procedimiento de aplicación del art. 81 CE no disponen de un derecho de acceso ilimitado a los documentos obrantes en el expediente de la Comisión, sino que además los terceros, excepto los denunciantes, no disponen en dicho procedimiento del derecho de acceso a los documentos del expediente de la Comisión (véase, por analogía, la Sentencia *Comisión/Technische Glaswerke Ilmenau*, antes citada, apdo. 58)».

La finalidad de dicho acceso de acuerdo con dicha Comunicación de la CE, será posibilitar el ejercicio efectivo de los derechos de la defensa frente a los cargos presentados por el órgano instructor en los expedientes sancionadores (apdo. 7), mientras que el apartado 10 relativo a los documentos accesibles dispone que:

«Las partes deben poder tener conocimiento de la información que obra en el expediente de la Comisión, de tal modo que, basándose en la misma, puedan expresar efectivamente sus observaciones sobre las conclusiones preliminares planteadas por la Comisión en su pliego de cargos. A este efecto, se les concederá acceso a todos los documentos que integren el expediente de la Comisión, según se define en el punto 8, a excepción de los documentos internos, los secretos comerciales de otras empresas, así como de cualquier otra información confidencial».

Por otro lado, de acuerdo con lo dispuesto en la Comunicación de la CE, el derecho de acceso al expediente administrativo por presuntas infracciones de los arts. 101 y 102 del Tratado para el Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) podrá así mismo restringirse total o parcialmente en lo relativo a los documentos internos del órgano instructor, así como en los documentos confidenciales compuestos por los secretos comerciales y otra información confidencial.

3. DOCTRINA DE LA AUTORIDAD ESPAÑOLA DE COMPETENCIA

La doctrina de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC en sus Resoluciones relativas al derecho de acceso y a las declaraciones de confidencialidad ha venido confirmando y completando la establecida por el Consejo de la CNC. En este sentido, es ya doctrina consolidada desde la Resolución del Consejo de la CNC de 27 de octubre de 2008 que el principio de confidencialidad no es en modo alguno un principio absolu-

¹⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de febrero de 2014, C-365/12 P, apartado 87.

to de las partes interesadas, por cuanto vendrá matizado, atendiendo a las circunstancias de cada caso concreto, por la obligación que tiene la parte solicitante de la confidencialidad de motivar tal petición y hacer probanza que los tales documentos «vienen sujetos y afectos a materias protegidas por el secreto comercial o industrial, de ahí que la simple cita conceptual no es requisito suficiente para acceder a su petición»¹⁵.

La solicitud de confidencialidad de una de las partes interesadas deberá valorarse bajo otros principios, igualmente tutelables a la par que contradictorios, como son el de la tutela de los intereses propios y el derecho de defensa sin producir indefensión, tanto a las otras partes traídas al expediente, como al órgano que deberá resolver la materia sujeta a expediente. Todo ello a fin de evitar que el órgano resolutorio pueda convertirse en el iter necesario al que se acojan las partes con fines espurios, especialmente en este concreto campo de la competencia «en orden a obtener informaciones de carácter estrictamente reservadas».

A. REQUISITOS PROCEDIMENTALES

En cumplimiento de lo establecido en los arts. 42 de la LDC y 20 del RDC, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC confirmó en su Resolución de 7 de febrero de 2014 la justificación explícita de los motivos por los que se solicita la confidencialidad de documentos incorporados al expediente administrativo¹⁶:

«[...] se requiere que el solicitante de la confidencialidad justifique que tales documentos se encuentran sujetos y afectos a materias protegidas por el secreto comercial o industrial».

En relación con la necesaria motivación de las solicitudes de confidencialidad, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC estableció en dicha Resolución de 7 de febrero de 2014 la necesaria existencia de una justificación expresa al efecto, sin que ésta se pueda limitar a la aportación de una versión censurada del documento cuya confidencialidad solicita¹⁷:

«Ante esta ausencia, no ya de prueba sino de simple argumentación por parte de la recurrente, ni la DC en su informe, ni este Consejo en la presente resolución pueden considerar que exista secreto comercial alguno en la información controvertida, cuando su justificación se limita a la mera presentación de la versión censurada del documento conflictivo bajo la simple afirmación de su carácter confidencial al tratarse de un borrador comercialmente sensible que nunca se llegó a remitir a terceros».

En relación con la motivación de la confidencialidad solicitada por las partes, el Consejo de la CNC en su Resolución de 3 de febrero de 2012 es-

¹⁵ Resolución del Consejo de la CNC de 27 de octubre de 2008, R/0003/08, Trio Plus.

¹⁶ Resoluciones de la Sala de Competencia de 7 de febrero de 2014, expte. R/0161/13, SBS, y de 2 de abril de 2014, expte. R/DC/0009/14, Europac.

¹⁷ Resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC de 7 de febrero de 2014, expte. R/0161/13, SBS.

tableció que una manifiesta falta de fundamentación de la confidencialidad solicitada, y en este caso recurrida, debe conducir a la desestimación del recurso sin entrar a analizar la controversia de fondo¹⁸:

«En el presente caso, el recurrente se limita a hacer una genérica mención a que los folios declarados como no confidenciales no guardan relación alguna con el objeto de la Investigación ordenada por la Dirección de Investigación de la CNC, sin que este Consejo conozca los concretos motivos por los que se efectúa dicha afirmación ni se le pueda exigir que los intuya, puesto que dicha función no puede considerarse comprendida dentro del correcto ejercicio de las facultades revisoras de los actos de la Dirección de Investigación que tiene encomendada».

En el mismo sentido el Consejo de la CNC también estableció la necesidad de realizar dicha motivación cuando alguna de las partes solicite el levantamiento de una parte de la confidencialidad acordada anteriormente por el órgano instructor. A modo de ejemplo las Resoluciones de 9 de julio, 17 de octubre y 14 de diciembre de 2012¹⁹:

«Situados en esta perspectiva, es en efecto carga de la parte recurrente argumentar que el proceso de razonamiento técnico y jurídico que condujo a la decisión administrativa no puede ser fiscalizado con el solo examen de la documentación no confidencial, sino que requiere forzosamente del estudio de la documentación protegida.

Si las razones suministradas al efecto revisten suficiente vigor desde la perspectiva de los derechos fundamentales a la defensa y a la tutela judicial efectiva, el levantamiento de la confidencialidad será jurídicamente obligado. Por el contrario, si no se expone de forma satisfactoria la necesidad de acceso al material confidencial, habrá de prevalecer el amparo que el Ordenamiento presta a la confidencialidad».

Como cuestión adicional para los supuestos en que la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC ha confirmado la no confidencialidad de determinada información en el ámbito de los expedientes sancionadores por presuntos incumplimientos de la LDC, dicha Sala reiteró en sus Resoluciones que el hecho de no declarar la confidencialidad pretendida no significa que estos datos se hagan públicos, puesto que siguen sometidos al deber de secreto de las partes establecido en el art. 43 de la LDC²⁰:

«Por último, se recuerda que la información contenida en el expediente sancionador, aún la declarada no confidencial, sólo es accesible a los interesados en dicho expediente, por lo que el hecho de no declarar la confidencialidad pretendida por Europac no significa que estos datos se hagan

¹⁸ Resolución del Consejo de la CNC de 3 de febrero de 2012, expte. R/0087/11, Saneamientos Martínez.

¹⁹ Resoluciones del Consejo de la CNC de 9 de julio de 2012, expte. R/0103/12, Oracle; de 17 de octubre de 2012, expte. R/0111/12, Oracle, y de 14 de diciembre de 2012, expte. R/0117/12, Mediaset.

²⁰ Resoluciones de la Sala de Competencia de la CNMC de 22 de noviembre de 2013, expte. R/0152/13, Transportes Antonio Belzunces; de 24 de enero de 2014, expte. R/015/13, Transportes Carlos; de 7 de febrero de 2014; expte. R/0161/13, SBS, y de 2 de abril de 2014, expte. R/DC/0009/14 Europac.

públicos, ya que siguen sometidos al deber de secreto establecido en el art. 43 de la LDC».

En relación con el momento temporal en que la confidencialidad puede ser solicitada, el art. 42 de la LDC establece la posibilidad de solicitarla en cualquier momento del procedimiento administrativo. No obstante, es práctica habitual del órgano instructor de la CNMC al notificar un requerimiento de información o al incorporar documentación al expediente procedente de las inspecciones realizadas, señalar expresamente la posibilidad de solicitar de forma motivada la confidencialidad ex art. 42 de la LDC, presentando en su caso, versión censurada de la citada información. En estos supuestos el Consejo de la CNC estableció en su Resolución de 22 de abril de 2013 que: «El momento oportuno para la solicitud quedará fijado al tiempo de dicha aportación»²¹.

No obstante lo anterior, la parte interesada podría solicitar la confidencialidad de la documentación aportada no en ese momento, sino en uno posterior, generando de esta manera un lapso temporal entre el momento de la aportación e incorporación al expediente y de la solicitud de la confidencialidad, en atención a lo recogido en el mencionado art. 42 de la LDC. En este supuesto de solicitudes de confidencialidad posteriores, se deberá constatar la existencia de una circunstancia sobrevenida que permita su justificación, tal y como reconoció el Consejo de la CNC en su Resolución de 22 de abril de 2013²²:

«Así las cosas, si bien el carácter manifiestamente intempestivo de la solicitud no conduce necesaria y automáticamente a su denegación, sí debe constatarse si el lapso de tiempo descrito obedece a un hecho o circunstancia sobrevenida que permita su justificación».

En relación con esta posterior solicitud de confidencialidad, el Consejo de la CNC estableció en la citada Resolución de 22 de abril de 2013, que será imputable al propio sujeto la responsabilidad derivada por la publicidad de dicha información durante dicho lapso temporal²³:

«En todo caso, al hilo de lo analizado en anteriores párrafos y en caso de una eventual estimación total o parcial del recurso, es enteramente imputable al propio sujeto la responsabilidad derivada por la publicidad de dicha información durante el lapso temporal referido, por cuanto nada hubiera impedido pedir la confidencialidad inicialmente, en fase de información reservada, de acuerdo con lo advertido en el requerimiento de la DI de 3 de julio de 2012».

Con el objetivo de analizar la confidencialidad de los documentos obrantes en el expediente sancionador, el Consejo de la CNC implantó en su Resolución del Consejo de la CNC de 22 de junio de 2011, habiendo

²¹ Resolución del Consejo de la CNC de 22 de abril de 2013, expte. R/0130/13, Palets Joan Martorell.

²² Resolución del Consejo de la CNC de 22 de abril de 2013, expte. R/0130/13, Palets Joan Martorell.

²³ Resolución del Consejo de la CNC de 22 de abril de 2013, expte. R/0130/13, Palets Joan Martorell.

sido confirmado en Resoluciones posteriores de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC, un análisis en tres etapas o triple examen, cuyo contenido será objeto de desarrollo en los siguientes apartados²⁴:

1. En primer lugar, determinar si se trata efectivamente de secretos comerciales.
2. En segundo lugar, si tratándose de secretos comerciales en su origen, estos han tenido difusión entre terceros, perdiendo en esa medida la calificación de secreto comercial.
3. En tercer lugar, si se trata de secretos comerciales que no han sido difundidos a terceros, pero son necesarios para fijar los hechos objeto del procedimiento, así como para garantizar el derecho de defensa a los imputados.

B. DOCUMENTACIÓN CONFIDENCIAL POR SU NATURALEZA DE SECRETO COMERCIAL

En relación con el primero de los puntos del triple análisis relativo a la naturaleza del secreto comercial, es sin duda la piedra angular de dicho análisis y la que ha generado mayor doctrina y jurisprudencia. La doctrina de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC ha venido utilizando mayoritariamente la definición que del mismo se realiza en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 2 de diciembre de 2011, sobre la base del perjuicio derivado de su revelación²⁵:

«[...] para que una información pueda calificarse de secreto comercial, se tiene que tratar de un información cuya divulgación pueda causarle un perjuicio grave».

Así mismo el Tribunal Supremo estableció que los secretos comerciales afectan decisivamente a la misma subsistencia de las empresas en un entorno competitivo y en tal medida adquieren acomodo dentro de los derechos fundamentales de la propiedad cuya divulgación pueda causarle un perjuicio grave²⁶.

La Comunicación de la CE ha fundamentado así mismo la existencia de un secreto comercial sobre la base de los perjuicios derivados de su divulgación. Así en su apartado 18 se indica que:

«cuando la divulgación de información sobre la actividad económica de una empresa pueda causarle un perjuicio grave, dicha información tendrá carácter de secreto comercial (3). Como ejemplos de información que puede

²⁴ Resoluciones del Consejo de la CNC de 22 de junio de 2011, expte. R/0070/11, Grafoplas 2; de 29 de noviembre de 2011, expte. R/0080/11, Manipulado de papel; de 7 de febrero de 2013, exptes. R/0120/12, Aglolak y R/0121/12, Maderas José Saiz y de 18 de abril de 2013, expte. R/0131/13, Palets Joan Martorell 2.

²⁵ Resoluciones de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC de 24 de enero de 2014, expte. R/0158/13, Transportes Carlos; de 7 de febrero de 2014, expte. R/0161/13, SBS, y de 2 de abril de 2014, expte. R/DC/0009/14, Europac.

²⁶ Auto del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 2006.

considerarse secreto comercial cabe citar la información técnica y/o financiera relativa a los conocimientos técnicos de una empresa, los métodos de evaluación de costes, los secretos y procesos de producción, las fuentes de suministro, las cantidades producidas y vendidas, las cuotas de mercado, los ficheros de clientes y distribuidores, la estrategia comercial, la estructura de costes y precios y la estrategia de ventas».

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea confirmó en su Sentencia de 27 de febrero de 2014 la existencia de determinada información comercial sensible de las partes interesadas relativa a las estrategias comerciales de las empresas implicadas, a los importes de sus ventas, a sus cuotas de mercado o a sus relaciones comerciales, de modo que el acceso a la misma en el marco del citado procedimiento podría perjudicar a la protección de los intereses comerciales de las empresas propietarias de dicha información²⁷:

«Habida cuenta del objetivo de un procedimiento de aplicación del art. 81 CE, que consiste en comprobar si un cartel entre empresas es compatible con el mercado común, la Comisión puede obtener en el marco de dicho procedimiento información comercial sensible, relativa en particular a las estrategias comerciales de las empresas implicadas, a los importes de sus ventas, a sus cuotas de mercado o a sus relaciones comerciales, de modo que el acceso a los documentos del citado procedimiento puede perjudicar a la protección de los intereses comerciales de las mencionadas empresas».

Respecto al alcance de dicho perjuicio económico la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 18 de septiembre de 1996 estableció que²⁸:

«Los secretos comerciales son informaciones que no sólo no pueden divulgarse al público sino que incluso su mera comunicación a un sujeto de Derecho distinto del que ha suministrado la información puede perjudicar gravemente a los intereses de éste».

Por otro lado, en relación con los secretos comerciales, el Tribunal de Primera Instancia en su Sentencia de 12 de octubre de 2007 estableció una serie de requisitos configuradores de la documentación calificada como secreto comercial²⁹:

«En general, respecto de la naturaleza de los secretos comerciales o de las otras informaciones amparadas por el secreto profesional es necesario, en primer lugar, que estos secretos comerciales o informaciones confidenciales sólo sean conocidos por un número restringido de personas. Además, debe tratarse de información cuya divulgación pueda causar un serio perjuicio a la persona que la ha proporcionado o a un tercero [sentencia *Postbank/Comisión*, citada en el apdo. 63 *supra*, apdo. 87, y véase también la Comunicación 2005/C 325/07 de la Comisión, de 22 de diciembre, relativa a las normas de acceso al expediente de la Comisión en los supuestos de aplicación de los arts. 81 y 82 (CE), los arts. 53, 54 y 57 del Acuerdo EEE, y el Reglamento (CE) núm. 139/2004 del Consejo (*DO C 325*, p. 7), puntos 3.2.1 y 3.2.2]. Por último, es necesario que los intereses que la di-

²⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de febrero de 2014, asunto C-365/12 P, apartado 79.

²⁸ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 18 de septiembre de 1996, asunto T-353/94.

²⁹ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 12 de octubre de 2007, asunto T-474/04, apartado 65.

vulgación de la información puede lesionar sean objetivamente dignos de protección».

Esta definición de secreto comercial sobre la base de la existencia de un perjuicio grave derivado de su divulgación en el ámbito del expediente administrativo implicará que las partes que soliciten la confidencialidad de determinada información, deberán especificar y/o justificar la existencia de un perjuicio grave generado por la divulgación de dicha información al resto de las partes interesadas en el expediente.

La justificación motivada del perjuicio grave provocado por la divulgación deberá ser realizada específicamente para todos y cada uno de los documentos cuya confidencialidad se solicita, sin que puedan utilizarse argumentaciones genéricas y de carácter global aplicable a la totalidad de documentos. A este respecto, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC consideró insuficiente en su Resolución de 24 de enero de 2014 las explicaciones genéricas aportadas por las partes interesadas del tipo «afectan decisivamente a la misma subsistencia de la empresa» o «que la afectación a su subsistencia es un daño irreparable para la empresa»³⁰.

En el mismo sentido se pronunció la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC en su Resolución de 2 de abril de 2014, sin aceptar las referencias que de forma genérica sobre dicho perjuicio, al indicar que³¹:

«[...] una vez demostrado el carácter confidencial de los documentos anteriormente analizados, deviene indiscutible la concurrencia de perjuicio irreparable a los legítimos intereses comerciales de Europa en caso de que, previa desestimación del presente recuso, se incorporen dichos documentos de manera íntegra al expediente administrativo» o «la revelación a los demás interesados en el expediente de información que reúna los requisitos para ser declarada confidencial conforme al art. 42 LDC no sólo produce automáticamente un perjuicio económico al titular de dicha información, sino que además dicho perjuicio es irreparable por cuanto no es susceptible de reparación mediante ulteriores recursos».

La Sala de Competencia del Consejo CNMC estableció en su Resolución de 7 de febrero de 2014 que la justificación de la parte interesada sobre el perjuicio grave que le supondría la divulgación del pretendido secreto comercial debería realizarse tanto en la solicitud realizada en el expediente de referencia, como en los escritos presentados en el ámbito de un eventual recurso administrativo contra la denegación del carácter confidencial³².

Por otro lado, la necesidad de la parte solicitante de motivar la existencia de un perjuicio derivado de la divulgación de un secreto comercial deberá de realizarse indistintamente de lo recogido en el art. 47 de la LDC sobre la posibilidad de recurrir las Resoluciones y Actos administrativos

³⁰ Resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC de 24 de enero de 2014, expte. R/0158/13, Transportes Carlos.

³¹ Resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC de 2 de abril de 2014, expte. R/DC/0009/14, Europac.

³² Resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC de 24 de enero de 2014, R/0158/13, Transportes Carlos.

que produzcan «indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos».

Puesto que como la propia Sala de Competencia del Consejo de la CNMC ha recordado en la mayoría de sus Resoluciones recaídas al respecto citando la doctrina del Tribunal Constitucional, el perjuicio irreparable al que se refiere el art. 47 de la LDC es³³:

«[...] aquel que provoque que el restablecimiento del recurrente en el derecho constitucional vulnerado sea tardío e impida su efectiva restauración» (ATC 79/2009, de 9 de marzo).

Dicha distinción ha sido resaltada por el Consejo de la CNMC en sus Resoluciones al señalar que la empresas recurrentes de actos denegatorios de la confidencialidad «no sólo no justifica el perjuicio económico que le podría causar la divulgación de los correos controvertidos entre las partes del expediente, como afirma la DC; sino que no justifica ningún perjuicio irreparable, sea o no económico»³⁴.

Sobre la base de este concepto de secreto comercial basado en la existencia de un perjuicio económico derivado de su difusión, el órgano instructor de los expedientes sancionadores por infracciones previstas en la LDC ha declarado la confidencialidad de información técnica y/o financiera relativa a los conocimientos técnicos de una empresa, los métodos de evaluación de costes, los secretos, procesos, métodos y/o activos de producción, las fuentes de suministro, las cantidades producidas y vendidas, los datos exactos relativos a las cuotas de mercado, los ficheros, listados o datos concretos de clientes, distribuidores y/o proveedores, la estrategia comercial, la estructura/listados o datos concretos de costes y precios, la estrategia de ventas o los volúmenes de ventas.

En este sentido el Consejo de la CNMC ha confirmado el carácter confidencial de determinada información por su condición de secreto comercial. Así en su Resolución de 2 de abril de 2014 de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC reconoció el carácter confidencial de la identidad de los clientes y de los datos relativos a la oferta comercial como secreto comercial de la empresa solicitante³⁵:

«A la vista de estas alegaciones, este Consejo resuelve aceptar la confidencialidad de los datos relacionados exclusivamente con la identidad de los clientes mencionados en los distintos correos de la cadena que, en todo caso, podría levantarse durante la instrucción del expediente si resultara necesaria para el esclarecimiento de los hechos.

Asimismo se extiende esta declaración de confidencialidad a los datos relativos a la oferta comercial de Europac solicitados por la recurrente pre-

³³ Resoluciones de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC de 24 de enero de 2014, R/0158/13, Transportes Carlos; de 7 de febrero de 2014; expte. R/0161/13, SBS y de 2 de abril de 2014, expte. R/DC/0009/14, Europac.

³⁴ Resoluciones de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC de 24 de enero de 2014, R/0158/13, Transportes Carlos, y de 7 de febrero de 2014, expte. R/0161/13, SBS.

³⁵ Resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC de 2 de abril de 2014, expte. R/DC/0009/14, Europac.

sentes en el correo fechado el 18 de octubre de 2012 a las 9:08, e igualmente a los datos relativos a dicha oferta incluidos en las respuestas sucesivas al mismo».

Por otra parte, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC ha confirmado en alguna de sus Resoluciones la denegación del carácter confidencial de determinada información por carecer de la condición de secreto comercial de la empresa solicitante por tratarse de información sin contener datos sobre precios aplicados o nombres de clientes³⁶.

El Consejo de la CNC a lo largo de sus Resoluciones entre 2008 y 2013 denegó la no confidencialidad por no constituir secreto comercial de la empresa solicitante, los siguientes supuestos:

- a) Estimaciones internas sobre la actividad económica realizada por la empresa y sus competidores, sin justificar la fuente ni el método de trabajo con el que se han elaborado³⁷.
- b) Comunicaciones de una Asociación a sus asociados sobre aspectos tratados en el ámbito de la misma³⁸.
- c) Identidad de clientes y terceros ajenos a la empresa solicitante que proporcionan a la citada empresa información comercial de empresas competidoras³⁹.
- d) Información relativa a licitaciones públicas, como tablas de adjudicación, comunicaciones entre los miembros de una UTE sobre detalles de la licitación y oferta económica a presentar⁴⁰.
- e) Documentación de naturaleza anónima⁴¹.
- f) Contenido de cartas comerciales a clientes comunicándoles únicamente el porcentaje de incremento en el precio de sus productos y/o servicios en un fecha determinada, pero sin revelar los precios ofrecidos a dicho cliente⁴².
- g) Tablas con las cuotas de mercado de los principales competidores, sin especificar ni la fuente ni el procedimiento de obtención⁴³.
- h) Información propiedad de una empresa sin haber sido divulgada fuera de ella, sin que la ausencia de divulgación equivalga a la consideración de secreto comercial⁴⁴.

³⁶ Resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC de 2 de abril de 2014, expte. R/DC/0009/14, Europac.

³⁷ Resoluciones del Consejo de la CNC de 23 de junio de 2010, expte. R/039/10, Hormigón y Productos Relacionados, y de 27 de julio de 2010, expte. R/043/10, Cementos Portland Valderrivas.

³⁸ Resolución del Consejo de la CNC de 16 de junio de 2010, expte. R/042/10, Bombas Caprari.

³⁹ Resoluciones del Consejo de la CNC de 27 de enero de 2011, expte. R/058/10, CTT, y de 18 de abril de 2013, expte. R/0135/13, Serradora Boix.

⁴⁰ Resolución del Consejo de la CNC de 27 de enero de 2011, expte. R/058/10, CTT Stronghold 2, confirmada por la Sentencia de la Audiencia Nacional de 15 de diciembre de 2011, rec. 125/2011.

⁴¹ Resolución del Consejo de la CNC de 27 de enero de 2011, expte. R/058/10, CTT Stronghold 2.

⁴² Resolución del Consejo de la CNC de 22 de junio de 2011, expte. R/070/11, Grafoplas 2.

⁴³ Resolución del Consejo de la CNC de 22 de febrero de 2012, expte. R/091/11, Esselte.

⁴⁴ Resoluciones del Consejo de la CNC de 22 de febrero de 2012, R/091/11, Esselte, y de 27 de febrero de 2012, expte. R/0092/11, Sam.

- i) Contratos de compraventa y cesión de derechos de propiedad industrial, de formalización de pactos y compromisos mutuos y de licencia no exclusiva de derechos de propiedad industrial entre competidores directos en un mercado⁴⁵.
- j) Nombres de personas físicas y jurídicas y correos electrónicos de terceras personas físicas y jurídicas distintas de las partes incoadas⁴⁶.
- k) Identidad de los socios de una entidad mercantil⁴⁷, así como porcentaje de su capital social⁴⁸.

En relación con la información relativa a la estructura corporativa de las personas jurídicas, el Consejo de la CNC estableció en su Resolución de 22 de abril de 2013 que el hecho de que la legislación no obligue a inscribir determinada información en el Registro Mercantil no implica, *a sensu contrario*, que esa información deba ser considerada confidencial de forma automática⁴⁹:

«pues o bien se trata de información pública a la que se puede acceder mediante consulta en el Registro Mercantil, o bien, si no fuese directamente accesible mediante consulta en el Registro Mercantil, no se aprecia ningún perjuicio derivado de su conocimiento ni el recurren razona o explica dicho daño».

La información considerada como secreto comercial deberá serlo de la propia empresa solicitante y no de terceras partes, tal y como reconoce el apartado 22 de la Comunicación de la CE⁵⁰:

«Por lo general, las solicitudes de confidencialidad sólo pueden referirse a la información facilitada a la Comisión por la misma persona o empresa solicitante y no a información procedente de cualquier otra fuente».

Este criterio relativo a la denegación de la naturaleza de secreto comercial de determinada documentación por tratarse de información ajena a la empresa solicitante ya fue recogido por el Consejo de la CNC en numerosas Resoluciones, como la de 27 de enero de 2011⁵¹:

«[...] la confidencialidad regulada en el art. 42 LDC pretende proteger, entre otros aspectos, los secretos comerciales propios de una empresa pero no, salvo una explicación razonable de su origen, la información comercial de empresas competidoras en poder de la empresa investigada».

⁴⁵ Resolución del Consejo de la CNC de 27 de febrero de 2012, expte. R/0092/11, Sam.

⁴⁶ Resolución del Consejo de la CNC de 22 de marzo de 2012, expte. R/096/11, Eltc.

⁴⁷ Resolución del Consejo de la CNC de 12 de septiembre de 2012, expte. R/0106/12, Carpa Dorada.

⁴⁸ Resolución del Consejo de la CNC de 22 de abril de 2013, expte. R/0130/13, Palets Joan Martorell.

⁴⁹ Resolución del Consejo de la CNC de 22 de abril de 2013, expte. R/0130/13, Palets Joan Martorell.

⁵⁰ Resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC de 2 de abril de 2014, expte. R/DC/0009/14, Europac.

⁵¹ Resoluciones del Consejo de la CNC de 27 de enero de 2011, expte. R/058/10, CTT Stronghold 2; de 16 de septiembre de 2011; expte. R/0077/11, Envel, y de 18 de abril de 2013; expte. R/0135/13, Serradora Boix.

Y posteriormente confirmado por la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC en sus Resoluciones, como la recaída el 24 de enero de 2014 o el 2 de abril de 2014⁵²:

«Adicionalmente el análisis de los citados documentos permite concluir que, en dos ocasiones, la información controvertida no es información propia de Transportes Carlos sino información procedente de otras empresas compartida con la recurrente».

«[...] no se trata de información propia de Europac sino de un precio ofrecido por una empresa diferente, Saica. Por ello, no le resulta aplicable lo dispuesto en dicho párrafo 23 de la Comunicación, que concreta que la información debe de referirse a la propia empresa que solicita la confidencialidad (“información relativa a una empresa”)

C. OTRA INFORMACIÓN CONFIDENCIAL

Junto con los secretos comerciales, existe otro tipo de documentación que sin contar con dicha naturaleza, el Consejo de la CNMC ha confirmado su carácter confidencial sobre la base de lo establecido en el apartado 19 de la Comunicación de la CE relativa a otro tipo de información cuya revelación perjudicaría a una persona o empresa:

«La categoría adicional denominada “otra información confidencial” incluye información distinta de los secretos comerciales que pueda considerarse confidencial en la medida en que su revelación perjudicaría significativamente a una persona o empresa. En función de las circunstancias específicas de cada caso, esto puede aplicarse a la información proporcionada por terceras partes sobre empresas que permita a éstas ejercer presiones de carácter económico o comercial muy fuertes sobre sus competidores o sobre sus socios comerciales, clientes o proveedores. Por tanto, el concepto de otra información confidencial puede incluir la información que permita a las partes identificar a los denunciantes o a otros terceros cuando estos deseen de forma justificada permanecer en el anonimato».

En este sentido en la Resolución del Consejo de la CNC de 2 de octubre de 2013 se confirmó la confidencialidad de la identidad del remitente de un correo electrónico que sin tener la consideración de denunciante informaba de la existencia de determinados hechos, sin que esto genere indefensión a las partes del expediente⁵³:

«A la vista de estos hechos debe considerarse que el expediente sancionador S/0454/12, Transporte frigorífico, se ha incoado como consecuencia, esencialmente, de la información recabada en las inspecciones citadas en los antecedentes de hecho y en los requerimientos de información remitidos a asociaciones y empresas por parte de la DI. En consecuencia no existe denuncia alguna en dicho expediente sancionador de la que dar traslado, o que en última instancia, pueda generar, en cuanto al desconocimiento de la identidad del “inexistente” denunciante, indefensión de ningún tipo.

⁵² Resoluciones de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC de 24 de enero de 2014, expte. R/015/13, Transportes Carlos, y de 2 de abril de 2014, expte. R/DC/0009/14, Europac.

⁵³ Resolución del Consejo de la CNC de 2 de octubre de 2013, expte. R/0147/13, Atfrie.

[...] No obstante, incluso en el caso de que los citados correos de 2 y 14 de octubre de 2012 pudieran ser considerados una denuncia, la confidencialidad de su remitente tampoco podría generar la indefensión aducida por Atríe ya que en los procedimientos administrativos y, particularmente, en los expedientes sancionadores de competencia, no existe un derecho absoluto a conocer la identidad del denunciante. No discute este Consejo, ni lo hacía la DI, la existencia de un derecho general a conocer la identidad del denunciante en los procedimientos sancionadores. Sin embargo, como en muchas otras ocasiones, este derecho no carece de límites y puede afectar a otros derechos también protegidos. En tal caso habrá que ponderar la situación concreta para ver cuál de los dos derechos debería prevalecer, si el derecho de defensa del denunciado y su necesidad de conocer la identidad del denunciante o la prevalente protección de derechos o intereses legítimos del denunciante».

En sentido contrario, el Consejo de la CNC entendió en su Resolución de 26 de septiembre de 2013 entendió que la identidad de las empresas con las que se mantuviesen operaciones comerciales, el hecho de la existencia de diferentes condiciones comerciales pactadas con cada una de ellas, así como posibles situaciones conflictivas en el marco de las mismas, no podrían ser objeto de confidencialidad sobre la base de lo establecido en el apartado 19 de la Comunicación de la CE⁵⁴.

D. DOCUMENTACIÓN NO CONFIDENCIAL POR SU PREVIA DIFUSIÓN

En relación con el segundo de los puntos del triple análisis relativo a la pérdida del carácter confidencial por la previa difusión del presunto secreto comercial, el Consejo de la CNMC en su Resolución de 24 de enero de 2014 recogió dicha argumentación haciendo referencia a la Sentencia de la Audiencia Nacional de 2 de diciembre de 2011:

«No obstante, incluso aunque la misma pudiera considerarse secreto de negocio, como ya se ha señalado anteriormente, su intercambio entre empresas competidoras en el mercado del transporte frigorífico habría producido la pérdida de ese carácter confidencial desde el momento en que la misma se divulgó libremente». A ello hizo referencia la Audiencia Nacional en su Sentencia de 2 de diciembre de 2011 en los siguientes términos «que sea confidencial [ya que ello] requiere previamente que se trate de información no divulgada o secreta, es decir, que no sea generalmente conocida ni fácilmente accesible para personas introducidas en el sector en el que se utiliza ese tipo de información».

Sobre la pérdida del carácter confidencial por la difusión previa de dicha información entre los competidores, la Comunicación de la CE establece en su párrafo 23:

«que no se considerará, en principio, confidencial la información relativa a una empresa que ya se conozca fuera de la empresa (o, tratándose de un grupo, fuera de éste) o fuera de la asociación a la que lo haya comunicado la empresa en cuestión».

⁵⁴ Resolución del Consejo de la CNC de 26 de septiembre de 2013, expte. R/0150/13, SGAE.

Sobre la autoría de la difusión previa de la información cuya confidencialidad se discute, el Consejo de la CNMC estableció en su Resolución de 2 de abril de 2014 la no necesidad de que dicha difusión haya sido realizada por la propia empresa titular de la información⁵⁵:

«Adicionalmente el mencionado párrafo 23 de la Comunicación afirma expresamente “No se considerará, en principio, confidencial la información relativa a una empresa que ya se conozca fuera de la empresa”. Esto es, en ningún momento se afirma que para que una información no sea considerada como confidencial deba de haber sido difundida por la propia empresa titular de la misma, simplemente se indica que la misma ha de ser conocida fuera de la empresa sin hacer referencia a quién se atribuye dicha difusión [...].

Por tanto, en la medida en que se trata de un dato conocido fuera de [...] y externo en tanto que no perteneciente a la recurrente, en aplicación a lo dispuesto en el párrafo 23 de la Comunicación, no es posible considerar confidencial el precio referido a la bajada de precios por parte de (tercera empresa)».

La Sala de Competencia de la CNMC también ha considerado en sus Resoluciones la pérdida del carácter confidencial por la difusión previa de su contenido. Así en su Resolución de 24 de enero de 2014 descartó la naturaleza de secreto comercial de la información recogida en un correo electrónico enviado a diversos directivos de empresas competidoras, entre ellos un directivo de la empresa solicitante de confidencialidad, así como el documento adjunto al mismo⁵⁶.

Este mismo criterio se venía aplicando por el Consejo de la CNC en sus Resoluciones entre los años 2008 a 2013, indicándose a continuación algunos de los supuestos contemplados, coincidiendo todos ellos en la existencia de una previa difusión de la información controvertida, que impedía su consideración como secreto comercial:

- a) Reuniones comerciales y tablas de clientes con las estrategias de los competidores⁵⁷.
- b) Información sobre licitaciones públicas en correos con empresas competidoras⁵⁸.
- c) Anotaciones manuscritas realizadas durante las reuniones de una asociación a la que pertenecen el resto de empresas incoadas⁵⁹.
- d) Correos electrónicos entre competidores remitiendo información difundida por una asociación⁶⁰.

⁵⁵ Resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC de 2 de abril de 2014, expte. R/DC/0009/14, Europac.

⁵⁶ Resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC de 24 de enero de 2014, expte. R/015/13, Transportes Carlos.

⁵⁷ Resolución del Consejo de la CNC de 19 de septiembre de 2013, expte. R/0146/13, Lantero Cartón.

⁵⁸ Resoluciones del Consejo de la CNC de 27 de enero de 2011, expte. R/058/10, CTT Stronghold 2, confirmada por la Sentencia de la Audiencia Nacional de 15 de diciembre de 2011, rec. 125/2011, y de 16 de mayo de 2011, expte. R/064/11, CTT Stronghold 3.

⁵⁹ Resolución del Consejo de la CNC de 22 de junio de 2011, expte. R/070/11, Grafoplas 2.

⁶⁰ Resolución del Consejo de la CNC de 18 de abril de 2013, expte. R/0135/13, Serradora Boix.

- e) Correos electrónicos internos con valoraciones o informaciones sobre la política comercial de una empresa competidora⁶¹.
- f) Información sobre empresas competidoras como denominación, ubicación, matrices, existencia de centros de producción así como apreciaciones subjetiva sobre la calidad de los productos de sus competidores y sus precios⁶².

E. DOCUMENTACIÓN NO CONFIDENCIAL POR SU NECESIDAD PARA FIJAR LOS HECHOS OBJETO DEL PROCEDIMIENTO

Finalmente el tercero de los puntos del análisis hace referencia a aquellos documentos que aun pudiendo ser considerados secretos comerciales, pierden su carácter confidencial al ser necesarios para fijar los hechos objeto del procedimiento, así como para garantizar el derecho de defensa a los imputados. En este sentido el párrafo 24 de la Comunicación de la CE establece la posibilidad de revelar determinada documentación confidencial en la medida en que se considere documentación necesaria para probar una presunta infracción (documento incriminatorio) o para exculpar a una parte (documento exculpatorio), teniendo, no obstante, que evaluar una serie de elementos relativos a la importancia de la información a los efectos probatorios, su carácter imprescindible, su grado de delicadeza y su gravedad.

La imposibilidad de considerar la confidencialidad como un impedimento para la instrucción del expediente ya fue introducido por el Consejo de la CNC en su Resolución de 27 de octubre de 2008, indicando que⁶³:

«[...] La confidencialidad no puede convertirse en un impedimento impeditivo para la averiguación de los hechos y la calificación de las conductas, como exigencia de disponer de los conocimientos mínimos y ‘suficientes, imprescindibles, por parte de los terceros de los elementos que fundamentan su solicitud [...]. De ahí que deba ponderarse a la hora de decidir sobre. La confidencialidad los principios puestos en juego “atendiendo a las circunstancias de cada concreto caso y siempre motivadamente”».

En relación a este punto la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC ha confirmado en sus Resoluciones, como la de 2 de abril de 2014, en sintonía con las anteriores Resoluciones del Consejo de la CNC⁶⁴, la improcedencia de declarar confidencial determinada documentación en la medida en que se trataba de información necesaria para probar los hechos objeto del expediente sancionador⁶⁵:

⁶¹ Resolución del Consejo de la CNC de 18 de abril de 2013, expte. R/0135/13, Serradora Boix.

⁶² Resolución del Consejo de la CNC de 24 de septiembre de 2013, expte. R/0145/13, Cartonajes Santorromán.

⁶³ Resoluciones del Consejo de la CNC de 27 de octubre de 2008, expte. R/003/08, Trio Plus, y de 27 de enero de 2011, expte. R/058/10, CTT Stronghold 2.

⁶⁴ Resoluciones del Consejo de la CNC de 18 de abril de 2013, expte. R/0131/13, Palets Joan Martorell 2 y de 22 de abril de 2013, expte. R/0130/13, Palets Joan Martorell.

⁶⁵ Resolución de la Sala /0131/13, Palets Joan Martorell 2, Resolución de 18 de abril de 2013 del Consejo de la CNMC de 2 de abril de 2014, expte. R/DC/0009/14, Europac.

«En este sentido, se recuerda que la instrucción de un procedimiento constituye el conjunto de actos necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución. Por tanto, en la medida en la que el órgano instructor considera que estos datos pueden probar intercambios de información entre competidores, dado que la información que obra en el expediente indica que los clientes que aparecen en los correos son también competidores de Europac en el mercado aguas debajo de fabricación y transformación de cartón ondulado, se considera que dicha información es útil para la instrucción del procedimiento en tanto que puede ayudar a discernir si las conductas que se investigan se están llevando a cabo o no, pues como dice la propia recurrente, todos los operadores que aparecen en este correo “confirman la información sobre el incremento de precios de Saica”.

[...] Pero, además, como indica la DC, se trata de información relevante para la investigación en la medida en que puede aclarar los hechos que se investigan y discernir acerca de una posible infracción de la LDC. En consecuencia, en función de lo señalado en el párrafo 24 de la Comunicación, no procede considerar confidencial esta información».

El Consejo de la CNC a la hora de aplicar este tercer criterio, denegando la naturaleza de secreto comercial y por tanto su carácter confidencial, por ser información necesaria para fijar los hechos objeto del procedimiento, valoró especialmente que los documentos objeto de análisis presentasen cierta concordancia con otros documentos similares o idénticos incorporados al expediente de referencia procedentes de distintas fuentes⁶⁶.

F. DOCUMENTACIÓN NO CONFIDENCIAL POR SU ANTIGÜEDAD Y LO ESTABLECIDO EN DISPOSICIONES NORMATIVAS

La doctrina del anterior Consejo de la CNC y de la actual Sala de la Competencia del Consejo de la CNMC ha denegado el carácter confidencial de otra serie de documentos sobre la base de diversos motivos distintos a su naturaleza de secreto comercial, como la antigüedad del documento, o por lo establecido en disposiciones normativas de rango legal.

a) *Antigüedad de la documentación*

En relación con el primero de los puntos, la doctrina nacional y comunitaria consideran que el transcurso del tiempo trae consigo que determinada información que en un primer momento podía considerarse confidencial por su consideración de secreto comercial deje de serlo ya que, por su antigüedad, no corresponde a la situación actual de una empresa o sector económico, que se encuentra en constante adaptación a las circunstancias económicas y comerciales del mercado, variables a lo largo del tiempo.

⁶⁶ Resoluciones del Consejo de la CNC de 16 de septiembre de 2011, expte. R/0077/11, Envel, y de 16 de febrero de 2012, expte. R/090/11, Envel 2.

La Comunicación de la CE ha señalado al respecto en su párrafo 23 que:

«no se considerará, en principio, confidencial la información relativa a una empresa que ya se conozca fuera de la empresa (o, tratándose de un grupo, fuera de éste) o fuera de la asociación a la que lo haya comunicado la empresa en cuestión (3). La información que haya perdido su importancia comercial, por ejemplo debido al paso del tiempo, ya no podrá considerarse confidencial. Por regla general, la Comisión presume que la información referente al volumen de negocios de las partes y a las ventas, los datos sobre cuotas de mercado y las informaciones similares que tengan más de cinco años han dejado de ser confidenciales».

No obstante lo anterior, el Tribunal General ha establecido en alguna de sus Sentencias, como la de 22 de mayo de 2012, en sintonía con lo acordado en anteriores sentencias, la imposibilidad de generar una regla estricta al respecto⁶⁷:

«Acerca de ello, hay que observar que, como afirma fundadamente la Comisión, no cabe aplicar una regla estricta según la cual debe considerarse que toda información referida a hechos de cierta antigüedad ya no afecta a los intereses comerciales de la sociedad a la que se refiere. No obstante, como se ha indicado en el apartado 139 *supra*, el hecho de que las informaciones referidas hayan alcanzado cierta antigüedad eleva la probabilidad de que los intereses comerciales de las sociedades afectadas ya no serán afectados en un grado tal que justifique la aplicación de una excepción al principio de transparencia expresado en el Reglamento núm. 1049/2001».

En el mismo sentido el Tribunal de Primera instancia estableció en su Sentencia de 1 de julio de 2009 que el Órgano instructor estará obligado a realizar un análisis concreto e individualizado de todos los documentos cuya confidencialidad se solicita, incluyendo los de una antigüedad elevada, pues los términos «por regla general» y «presume» recogidos en el apartado 23 de la Comunicación de la CE excluyen todo automatismo en la calificación de un documento con más de cinco años de antigüedad⁶⁸.

En relación con la antigüedad de la documentación, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC en sus Resoluciones, como la de 22 de noviembre de 2013, denegó la naturaleza de secreto comercial a la identidad de los clientes, puesto que como la propia parte interesada había reconocido, que el transcurrir del tiempo había provocado la inestabilidad de las condiciones comerciales, perdiendo su relevancia comercial⁶⁹:

«Por tanto, el transcurso del tiempo trae consigo el que determinada información que, en un primer momento, podía considerarse confidencial deje de serlo ya que, por su antigüedad, no refleja la situación actual de una empresa o sector económico debido a la constante adaptación a las circunstancias económicas y comerciales del mercado a que los mismos se ven sometidos, variables a lo largo del tiempo».

⁶⁷ Sentencia del Tribunal General de 22 de mayo de 2012, expte. T-344/08, apartado 142.

⁶⁸ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 1 de julio de 2009, T-24/07, apartado 260.

⁶⁹ Resolución de la Sala de Competencia de la CNMC de 22 de noviembre de 2013, expte. R/0152/13, Transportes Antonio Belzunces.

Este mismo argumento fundamentado en la pérdida de la relevancia comercial por el transcurso del tiempo ya había sido empleado con anterioridad en numerosas Resoluciones del Consejo de la CNC, entre otras, la recaída el 23 de junio de 2010 sobre las ofertas presentadas a unos clientes⁷⁰, el 16 de septiembre de 2011 sobre unos correos electrónicos remitidos a terceros competidores⁷¹, el 5 de diciembre de 2011 relativa a unas anotaciones manuscritas⁷², el 7 de febrero de 2013 sobre listado de precios de venta de productos⁷³, el 7 de febrero de 2013 sobre los datos identificativos de los clientes principales y listado de los precios de venta⁷⁴ o el 19 de septiembre de 2013 sobre las actas manuscritas con una empresa proveedora, anotaciones, cuadros de aprovisionamiento y compras de *inputs*⁷⁵.

En relación a dicho aspecto temporal en alguno expedientes sancionadores las partes alegaron la imposibilidad de aplicar esta cláusula relativa a la pérdida de la naturaleza confidencial, señalando que la estructura del mercado no había variado desde el momento en que dichos documentos fueron elaborados, por lo que el transcurso del tiempo no había eliminado la relevancia comercial y su naturaleza como secreto comercial. En relación con esta alegación, la Resolución del Consejo de la CNC de 19 de septiembre de 2013 estableció que dicha afirmación debía de venir acompañada de «cualquier tipo de argumentación, razonamiento, apoyo fáctico o prueba en su favor»⁷⁶.

b) *Disposiciones normativas de rango legal*

En relación a la denegación de la naturaleza confidencial por lo establecido en determinadas disposiciones normativas de rango legal, el Consejo de la CNC denegó en su Resolución de 28 de diciembre de 2011 el carácter confidencial de la identidad de los titulares de los órganos de gobierno y de los miembros de una Asociación por lo establecido en los arts. 28.1 y 29 de la Ley Orgánica 11/2002, de Asociaciones, de 22 de marzo⁷⁷:

«El carácter confidencial de la identidad de los miembros de la Asociación no puede predicarse en ningún caso respecto de los promotores de la misma ni respecto de los titulares de órganos de gobierno (arts. 28.1 y 29 de la Ley Orgánica 11/2002, de Asociaciones, de 22 de marzo)».

En relación con el tratamiento de los datos personales que se produce en el procedimiento sancionador o la cesión de los mismos que se produ-

⁷⁰ Resolución del Consejo de la CNC de 23 de junio de 2010, expte. R/039/10, Hormigones y productos relacionados.

⁷¹ Resolución del Consejo de la CNC de 16 de septiembre de 2011, expte. R/0077/11, Envel.

⁷² Resolución del Consejo de la CNC de 5 de diciembre de 2011, expte. R/0080/11, Manipulado de papel.

⁷³ Resolución del Consejo de la CNC de 7 de febrero de 2013, expte. R/0120/12, Aglolak.

⁷⁴ Resolución del Consejo de la CNC de 7 de febrero de 2013, expte. R/0121/12, Maderas José Sáiz.

⁷⁵ Resolución del Consejo de la CNC de 19 de septiembre de 2013, expte. R/0146/13, Lantero Cartón.

⁷⁶ Resolución del Consejo de la CNC de 19 de septiembre de 2013, expte. R/0146/13, Lantero Cartón.

⁷⁷ Resolución del Consejo de la CNC de 28 de diciembre de 2011, expte. R/0084/11, Eltc 3.

ce al facilitar copia del expediente, estarían regulados por lo establecido en los arts. 6.2 y 11 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos (LOPD). En el primero de estos artículos se establece la exención de la prestación del consentimiento inequívoco del afectado cuando los datos de carácter personal se recojan para el ejercicio de las funciones propias de las Administraciones Públicas en el ámbito de sus competencias. Por tanto, el tratamiento y la cesión de datos en el marco del expediente sancionador por la CNMC quedarían amparados por lo establecido en la LOPD, puesto que el tratamiento y cesión de los datos personales se realiza en cumplimiento de las funciones que en materia de defensa de la competencia atribuye la LDC a la CNMC así como el respeto de las garantías constitucionales derivadas del derecho de defensa.

En relación con dichos datos de naturaleza personal, el Consejo de la CNC en su Resolución de 22 de marzo de 2012 estableció la necesidad de disociación de los datos personales que sean necesarios con carácter previo a la publicación de la Resolución por el Consejo, de acuerdo con lo previsto en la LOPD⁷⁸:

«Por otro lado, cabe decir adicionalmente, que los correos electrónicos objeto de controversia únicamente podrán ser conocidos por las otras partes del expediente, pero, y enlazando con una de las pretensiones de la recurrente, no se someterá a juicio público el buen nombre de los intervinientes puesto que la publicación de la resolución que el Consejo adopte en el marco del expediente se llevará a cabo previa disociación de los datos personales que sean necesarios de acuerdo con lo previsto en la LDC y en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. De otro modo, la disociación durante la fase de tramitación del expediente impediría el objeto de la misma».

G. DOCUMENTACIÓN NO CONFIDENCIAL POR TRATARSE DE DOCUMENTACIÓN INTERNA

En relación con los documentos de carácter interno que no forman parte del expediente administrativo, la Comunicación de la CE estableció en su apartado 12 su consideración de no accesible:

«Los documentos internos no pueden ser incriminatorios ni exculpatorios. No forman parte de las pruebas en las que puede basarse la Comisión en su apreciación de un asunto. Así pues, no se concederá a las partes acceso a los documentos internos que figuren en el expediente de la Comisión».

La Comunicación de la CE establece en su apartado 15 una serie de supuestos de documentos internos no accesibles en el ámbito del derecho al acceso al expediente, entre los que se citan:

- a) La correspondencia entre la Comisión y las autoridades de competencia de los Estados miembros, o entre estas últimas.

⁷⁸ Resolución del Consejo de la CNC de 22 de marzo de 2012, expte. R/096/11, Eltc.

- b) La correspondencia entre la Comisión y otras autoridades públicas de los Estados miembros.
- c) La correspondencia entre la Comisión y los autoridades públicas de terceros países, incluidas sus autoridades de competencia, en especial cuando la Comunidad y un tercer país hayan concluido un acuerdo que rija la confidencialidad de la información intercambiada.

En este sentido la Audiencia Nacional en su Sentencia de 29 de mayo de 2013 ha confirmado la limitación del derecho de acceso de las partes con respecto a los documentos internos elaborados o consultados por el órgano instructor durante la instrucción del expediente sobre la base de lo dispuesto en la Comunicación de la CE⁷⁹:

«El derecho de acceso lo es al expediente, y los documentos a los que hace referencia la actora no forman parte del expediente; la empresa interesada ha podido exponer de modo útil su punto de vista sobre la realidad y la pertinencia de los hechos y las circunstancias alegados y sobre los documentos que la CNC tuvo en cuenta para fundamentar su resolución.

La CNC dio a la recurrente acceso a todos los documentos incluidos en el expediente excepto los relativos a secretos comerciales de las empresas y otros documentos declarados confidenciales por contener datos pertenecientes a la actividad económica de los competidores».

H. CONFIDENCIALIDAD DE LA SOLICITUD DE CLEMENCIA (ARTS. 65 Y 66 LDC)

En relación con la confidencialidad de una solicitud de exención del pago y/o de reducción del importe de la multa presentada ante la Dirección de Competencia sobre la base de lo establecido en los arts. 65 y 66 LDC, el art. 51 del RDC dispone en su apartado primero el tratamiento confidencial de dicha documentación:

«1. La Comisión Nacional de la Competencia tratará como confidencial el hecho mismo de la presentación de una solicitud de exención o de reducción del importe de la multa, y formará pieza separada especial con todos los datos o documentos de la solicitud que considere de carácter confidencial, incluida, en todo caso, la identidad del solicitante».

No obstante, dicha confidencialidad no se establece con carácter permanente, pues el art. 51 en sus puntos 2 y 3 dispone el levantamiento de la misma tras la notificación del pliego de concreción de hechos a las partes interesadas, para el adecuado ejercicio de sus derechos de defensa:

«2. De acuerdo con lo dispuesto en el art. 50.3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, los interesados tendrán acceso a los datos o documentos que, formando pieza separada especial de confidencialidad, sean necesarios para contestar al pliego de concreción de hechos. 3. Sin perjuicio de lo previsto en el apartado anterior, no se pondrán obtener copias de cualquier declara-

⁷⁹ Sentencia de la Audiencia Nacional de 29 de mayo de 2013, rec. 715/2011.

ción del solicitante de exención o de reducción del importe de la multa que haya sido realizada por éste de forma específica para su presentación junto con la correspondiente solicitud».

En relación a esta materia el Consejo de la CNC estableció en su Resolución de 22 de mayo de 2009, la única que hasta la fecha ha tratado el asunto, el alcance de la confidencialidad acordada con respecto a la documentación aportada por el solicitante de exención del pago y/o reducción del importe de la multa⁸⁰:

«El Consejo comparte los criterios anteriormente expuestos por la Dirección de Investigación por los que la identidad del solicitante de clemencia debe ser conocida por los interesados en el procedimiento, y no sólo por el contenido de sus declaraciones, sino porque dichas declaraciones gozan, en principio, de especial credibilidad por provenir de una persona que ha intervenido directamente en los mismos y que reconoce que tales constituyen una conducta prohibida por la LDC. Consecuencia directa de esta apreciación es que la negativa a la revelación de la identidad disminuiría las posibilidades de defensa que, frente a tales declaraciones, tiene reconocida constitucionalmente el presunto infractor».

En la misma Resolución de 22 de mayo de 2009 el Consejo de la CNC valoró el momento temporal del levantamiento de dicha confidencialidad, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 51, puntos 2 y 3 del RDC⁸¹:

«El motivo por el que es en dicho momento procedimental y no anteriormente cuando se permite alzar la confidencialidad de los datos referentes a la solicitud de clemencia se debe a que, tal y como señala el art. 50.3 de la LDC, es en el PCH donde se procede a determinar los hechos imputados y, por tanto, a delimitar formalmente y también con pleno efecto sustantivo el ámbito en que va a actuar el poder público frente al imputado. Es decir, es el momento en el que se concretan los hechos frente a los que el presunto o presuntos infractores se van a tener que defender para acreditar que no existe responsabilidad administrativa que se les imputa.

Por tanto, para un adecuado ejercicio del derecho de defensa, plasmado en los concretos derechos a ser oído en el procedimiento, de audiencia y contradicción, y de alegar y probar, es indispensable acceder a aquella documentación que es empleada para la fijación de hechos que constituyen el elemento objetivo del tipo y justifican la presencia del elemento subjetivo y que, hasta el momento, no ha podido ser conocida por los interesados por haber sido declarada confidencial. Del mismo modo, es necesario conocer quién es la persona que efectúa tales declaraciones pues, como se ha explicado previamente, la incidencia que la intervención del solicitante de clemencia tiene en los mismos exige que el resto de los interesados deba tener acceso a tales datos».

El levantamiento de la confidencialidad de la documentación presentada en una solicitud de exención del pago y/o reducción del importe de la

⁸⁰ Resoluciones del Consejo de la CNC de 22 de mayo de 2009, expte. R/020/09, Vinos Finos de Jerez y de 28 de febrero de 2013, expte. S/0342/11, Espuma de poliuretano.

⁸¹ Resolución del Consejo de la CNC de 22 de mayo de 2009, expte. R/020/09, Vinos Finos de Jerez.

multa tras la notificación del PCH, no será óbice para que el solicitante de clemencia pueda solicitar la confidencialidad de determinada información incluida en la misma sobre la base de lo establecido en el art. 42 de la LDC y que ésta sea concedida⁸²:

«Es por ello, que con carácter previo a la notificación del PCH y habiendo identificado la Dirección de Investigación los documentos que, formando parte de la pieza separada de confidencialidad relativa a la solicitud de clemencia, son precisos para la instrucción del expediente y cuyo conocimiento por parte del resto de interesados es, por tanto, necesario para salvaguardar sus derechos de defensa, la Dirección de Investigación requirió al solicitante de clemencia para que, de conformidad con el art. 42 de la LDC, justificara razonadamente, para cada uno de los documentos aportados en su solicitud de clemencia y previamente identificados por la Dirección de Investigación, los motivos por los que solicitaba, en su caso, el tratamiento confidencial por quedar protegidos por el secreto comercial o industrial y aportara, en su caso, una versión censurada de los mismos, advirtiéndole que el levantamiento de la confidencialidad de dichos documentos coincidiría con la fecha de emisión del PCH».

Este levantamiento de la confidencialidad de la documentación presentada en una solicitud de exención del pago y/o reducción del importe de la multa tras la notificación del PCH a la que se refiere el art. 51, punto 2 del RDC, no implicará sin embargo, que las partes puedan obtener una copia por escrito de cualquier declaración que el solicitante de clemencia haya realizado de forma específica para su presentación junto con la correspondiente solicitud como dispone el art. 51, punto 3 del RDC.

4. CONCLUSIÓN

El derecho de acceso al expediente administrativo incoado por presuntas infracciones previstas en la LDC y su principal limitación relativa a la confidencialidad de determinada documentación incorporada al mismo, implica un importante esfuerzo analítico por parte de todas las partes implicadas en el expediente, que deberá realizarse caso por caso y de manera justificada tanto por la parte solicitante como por la Administración y su órgano de instrucción.

Para facilitar el ejercicio de dicho análisis, dotado en no pocas ocasiones de cierta dosis de complejidad jurídica y técnica, el presente artículo ha analizado gran parte de la prolija casuística y jurisprudencia existente al respecto desde la entrada en vigor de la LDC, tanto en vía administrativa como en vía judicial en relación con el derecho de acceso de los interesados al expediente incoado por presuntas infracciones administrativas previstas en la LDC y su principal limitación relativa a la declaración de confidencialidad de determinada documentación incorporada al mismo, bajo los supuestos específicos y con las condiciones que hemos analizado.

⁸² Resolución del Consejo de la CNC de 22 de mayo de 2009, expte. R/020/09, Vinos Finos de Jerez.

EL RIESGO DE INSOLVENCIA COMO FACTOR REDUCTOR DE LAS MULTAS IMPUESTAS POR CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS (*INABILITY TO PAY*)

María ÁLVAREZ SAN JOSÉ*

Doctora en Derecho
Jefe de Área de la Asesoría Jurídica CNMC

1. INTRODUCCIÓN

En el contexto del Derecho *antitrust*, se designa como «*inability to pay*» o «incapacidad contributiva» la situación de grave dificultad económica que padece una entidad y en consideración a la cual, una vez declarada infractora de la normativa de la competencia, se le permite beneficiarse de una reducción en el importe de la sanción pecuniaria derivada¹. La reducción de las sanciones previstas por infracciones de la disciplina del mercado para supuestos de «*inability to pay*» es uno de los tres ejemplos paradigmáticos de la toma en consideración por el Derecho *antitrust* de la posición financiera crítica de un operador económico. Los otros dos son las ayudas de saneamiento y reestructuración y la excepción de empresa en crisis como elemento de análisis de una concentración².

El objetivo de la primera parte del trabajo es analizar tanto la razón de ser de la figura de la «incapacidad contributiva» como los elementos y circunstancias que deben darse para apreciar justificadamente tal modificación del importe originario de la sanción. El trabajo examina la experiencia comparada en materia de *inability to pay*, a través de los escasísimos supuestos en los que su alegación a los efectos de que se reduzca el montante de una sanción ha sido admitida por la Comisión Europea. Ese examen permite abordar aspectos tales como la trascendencia que deba conceder-

* Los puntos de vista expresados en este artículo son personales y en ningún caso representan la posición de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

¹ En sentido más amplio, la incapacidad para satisfacer las multas o sanciones pecuniarias puede ser también contemplada, con diversas consecuencias, por otros sectores del Ordenamiento, fundamentalmente Derecho tributario, procesal o incluso penal.

² M. ÁLVAREZ SAN JOSÉ, «Confluencia y conflicto entre el Derecho de la competencia y el Derecho concursal», en *Derecho de la Competencia Europeo y Español*, vol. IX, Dykinson, 2013.

se a la condición de empresa monoproducción o Pyme de la sancionada, el obligado balance entre el debido efecto disuasorio de las multas y el coste social de la desaparición de un agente del mercado, la necesidad de que la Administración responsable de la determinación de la multa maximice la transparencia en la aplicación de los criterios de valoración de las alegaciones de *inability to pay* y la exigencia de no discriminación entre operadores. La segunda parte del estudio analiza la conveniencia o no de introducir expresamente la contemplación de la capacidad financiera de la empresa en el sistema español de determinación del importe de la multa derivada de la infracción de competencia, por comparación con mecanismos alternativos (*flexibilización* de los criterios de fijación de la sanción pecuniaria, negociación de plazos de pago de la multa y otros).

El creciente número de solicitudes de remisión de multas que se están produciendo en el ámbito comunitario en el contexto actual de crisis y la experiencia acumulada en la aplicación de la figura permiten un análisis crítico sobre la misma. Esa realidad comparada exige analizar el posible modo de atender a circunstancias similares a nivel nacional. Asimismo, en un marco de intensificación de lucha contra los cárteles, dado el tiempo transcurrido como media entre el inicio de la infracción y el momento de imposición de la multa, los casos de empresas en situación paraconcursal o concursal en fase de ejecución de la sanción pueden cobrar relativa relevancia en la actividad sancionadora de la autoridad española de competencia³.

Como excepción parcial a la regla de que cualquier infracción lleva aparejada la correspondiente sanción, y al principio general del Derecho administrativo sancionador del carácter ejecutivo de las multas, la *inability to pay*, entendida como reducción causalizada del importe originario de una sanción, permite estudiar elementos clave de los objetivos que persigue la regulación *antitrust* y se convierte en paradigma de la necesidad de llegar a compromisos entre los distintos principios internos de la política de competencia y otros objetivos de carácter económico y social⁴.

2. EL CONCEPTO DE *INABILITY TO PAY* EN EL MODELO EUROPEO DE DETERMINACIÓN DE MULTAS DERIVADAS DE INFRACCIÓN DE LA COMPETENCIA

La *inability to pay* (ITP) surge, no como previsión normativa de *hard law*, sino en el marco de las indicaciones de la Comisión Europea sobre

³ C. GRAVE y J. NYBERG, «“A company’s inability to pay” a cartel fine imposed by the European Commission», noviembre de 2011, disponible en ssrn.com/abstract=1961744, p. 1, se refieren a cómo muchos cárteles terminaron en una época de bonanza económica, de modo que las multas se calcularon sobre la base de unos volúmenes de negocios elevados (pre-2010). No obstante, dada la duración de los procedimientos, las multas pueden ser impuestas a empresas en momentos de vulnerabilidad financiera.

⁴ Como se señala en algunas notas de prensa relativas a Decisiones de la Comisión en las que se aceptan solicitudes de ITP: «As the objective of anti-cartel enforcement is not to precipitate the fall of companies in financial difficulties, the Commission reduced the fines on [...] companies to a level they could afford» (por ejemplo, IP/10/790, de 23 de junio de 2010).

cómo va a ejercitar sus atribuciones en lo relativo a la fijación del importe de las multas por conductas infractoras de las normas de competencia. El Reglamento 1/2003, al regular las multas a imponer por infracciones del Derecho de la competencia, se refiere exclusivamente a la gravedad y duración de la infracción a fin de determinar el importe de la multa (art. 23.3). Asimismo prevé expresamente un mecanismo de ajuste de la cuantía de la multa que corresponde a circunstancias individuales del sancionado (el 10 por 100 del volumen de negocios total realizado durante el ejercicio anterior, art. 23.2 II), sin establecer previsión alguna adicional que contemple los efectos sobre el sujeto infractor del efectivo pago de la multa.

A. EL PÁRRAFO 35 DE LAS DIRECTRICES PARA EL CÁLCULO DE LAS MULTAS

Las Directrices que recogen los principios destinados a guiar a la Comisión en la determinación de las multas para conductas que infrinjan los arts. 101 y 102 TFUE⁵, en la sección de *ajustes* del importe base, introducen la llamada «capacidad contributiva» como un último elemento del cálculo del importe final de la multa, tras otras circunstancias que pueden llevar a un incremento o reducción del importe básico: agravantes, atenuantes, incremento de la sanción vinculado al efecto disuasorio, límite máximo legal del 10 por 100 del volumen de negocios total realizado durante el ejercicio social anterior y beneficios vinculados a las normas relativas a clemencia.

Concretamente, el párrafo 35 de las Directrices señala:

«F. Capacidad contributiva

En circunstancias excepcionales, la Comisión podrá, previa solicitud, tener en cuenta la incapacidad contributiva de una empresa en un contexto económico y social particular. La Comisión no concederá por este concepto ninguna reducción de la multa por la mera constatación de una situación financiera desfavorable o deficitaria. La reducción sólo podrá concederse sobre la base de pruebas objetivas de que la imposición de una multa, en las condiciones fijadas por las presentes Directrices, pondría irremediablemente en peligro la viabilidad económica de la empresa en cuestión y conduciría a privar a sus activos de todo valor».

Salvo los casos de las circunstancias agravantes y el incremento específico para garantizar el efecto disuasorio, el resto de figuras destinadas al ajuste del importe de la base tienen en común el hecho de servir para *reducir* tal importe base.

A su vez, tanto las circunstancias atenuantes como las normas sobre clemencia permiten reducir el importe de la sanción por razones que se vinculan directa y exclusivamente a la política de competencia, dicho esto en el sentido de que se atiende o bien a que la entidad infractora coopera

⁵ Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del art. 23, apartado 2, letra a), del Reglamento (CE) núm. 1/2003.

sustancialmente con la Autoridad de competencia o bien a que existen ciertos elementos paliativos del comportamiento anticompetitivo del infractor. A través de tal reducción de la multa se pretenden introducir los incentivos necesarios para que tales actuaciones, que se juzgan comparativamente beneficiosas, se sigan produciendo. En los casos del límite máximo legal y de la capacidad contributiva, los objetivos perseguidos por tales instrumentos de ajuste son mixtos, en el sentido de que si bien mediatamente tienen repercusión desde una perspectiva concurrencial, al poder evitar una excesiva sanción relativa que incluso en casos excepcionales pudiera expulsar a la entidad sancionada del mercado, responden asimismo a criterios de justicia material (así, claramente, en lo relativo al límite del 10 por 100, en los supuestos de empresas monoproducto) y a intereses de política social o de empleo (en el caso de la incapacidad contributiva o *inability to pay*).

El antecedente inmediato del párrafo 35 transcrito es el punto 5 (b) de las Directrices para el cálculo de las multas de 1998: «*b*) Según las circunstancias, tras haber realizado los cálculos, conviene tomar en consideración determinados datos objetivos como *el contexto económico específico*, la ventaja económica o financiera que puedan haber obtenido los autores de la infracción, las características específicas de las empresas en cuestión y *su capacidad contributiva real en un contexto social específico* para adaptar, en última instancia, los importes de las multas previstos»⁶.

Claro está, existen elementos coincidentes en ambas previsiones, fundamentalmente la mención a la capacidad contributiva —real, se añadía en 1998— y al contexto económico y social específico. No obstante, la previsión recogida en las Directrices de 2006 es más extensa y detallada, lo cual es lógico dado que, como se reconoce en el mismo texto, éste se formula tras ocho años de aplicación de las anteriores Directrices en los que la Comisión ha adquirido experiencia suficiente para desarrollar y precisar su política en materia de multas⁷. La comparación entre ambos textos, es particularmente útil para detectar con claridad las novedades que se introducen en esta figura en 2006.

En primer lugar, destaca la propia conceptualización autónoma de la capacidad contributiva como circunstancia que puede justificar un ajuste del importe de base de la multa. En las Directrices de 1998 aparecía como mero dato objetivo, entre otros, que según las circunstancias cabía tomar en consideración para adaptar los importes previstos de las multas.

Asimismo, se establece una serie de elementos que contribuyen a definir los contornos de esta circunstancia individualizada y designada *ex novo* como capacidad contributiva.

Un primer elemento configurador es que se precisa un requerimiento de parte: la *inability to pay* debe ser solicitada por el infractor ante la amenaza de la multa, no puede ser apreciada de oficio. La Comisión podrá atender a

⁶ *Official Journal*, C 9, 14 de enero de 1998. No obstante, tampoco los antecedentes del Reglamento 1/2003 (Reglamento 17/1962, Primer Reglamento de aplicación de los arts. 85 y 86 del Tratado) establecían previsión alguna al respecto.

⁷ Punto 3 de la Introducción a las Directrices.

esa incapacidad contributiva, además, sólo en un cierto contexto económico y social. Esa atención a la incapacidad contributiva no puede reflejarse en una reducción del importe de la multa salvo que se den adicionalmente unas circunstancias añadidas. Debe haber pruebas objetivas de que la imposición de la multa conllevaría una doble consecuencia cumulativa: poner irremediabilmente en peligro la viabilidad económica de la empresa y privar a sus activos de (todo) su valor.

Resulta destacable que mientras en las Directrices sobre cálculo de multas de 1998 el contexto económico constituía un elemento que por sí mismo podía justificar una reducción de la multa, en las Directrices de 2006 el contexto económico es uno más de los elementos que deben estar presentes para la admisión de una solicitud de ITP.

Si bien son relativamente autoexplicativas, cabe hacer alguna consideración sobre cada una de las condiciones exigidas por el punto 35 de las Directrices para el cálculo de las multas de 2006.

Es perfectamente racional que no se proceda en esta materia de oficio, sino que la empresa afectada deba ser quien, a la vista de su situación financiera y contemplando la posible imposición de una multa, valore hasta qué punto procede formular la solicitud correspondiente a la Comisión Europea. Un primer elemento que el solicitante tendrá que alegar es que se existe un «peligro para la viabilidad económica de la empresa». Ello remite a la necesidad de exponer las dificultades financieras de la empresa, recayendo la carga de la prueba de tal riesgo para la viabilidad en la propia empresa solicitante. Si bien tal carga genera una obligación de proporcionar información extensa a la Comisión, es claro el coste de revisión que ello genera para la Autoridad de competencia⁸. El análisis de la Comisión sobre la concurrencia de este requisito entendemos que puede verse facilitado en aquellos supuestos en los que la empresa esté ya inmersa en algún procedimiento de carácter concursal o paraconcursal⁹. No obstante, deberá ser un proceso concursal que otorgue ciertas garantías respecto de la posible continuación de la actividad de la empresa como tal, por existir expectativas reales de que se va a producir una solución al procedimiento que evite la mera liquidación de la misma, puesto que en caso contrario no se daría el escenario que contempla el párrafo 35, como veremos inmediatamente al tratar del nexo causal entre multa y riesgo de viabilidad.

Se señala que, como el procedimiento es relativamente *proceloso* (en términos de la cantidad y detalle de datos financieros que la Comisión re-

⁸ P. KIENAPFEL y G. WILS, «Inability to Pay-First cases and practical experiences», *Competition Policy Newsletter*, 2010 (3), p. 7: «The Commission has [...] devoted substantial resources to dealing with ITP claims».

⁹ C. GRAVE y J. NYBERG, «“A company’s inability to pay” a cartel fine imposed by the European Commission», noviembre de 2011, p. 6, disponible en ssrn.com/abstract=1961744, señalan que la Comisión debe valorar si la multa supone un riesgo cierto para la supervivencia de la empresa, sin tener necesariamente en cuenta la normativa concursal (nacional) aplicable a la misma. Los presupuestos objetivos para el concurso conforme a la norma nacional de aplicación pueden ser un elemento necesario, pero no condición suficiente, para que sea admitida la solicitud de ITP.

quiere, mediante cuestionarios estandarizados, para realizar su análisis), es recomendable solicitar la ITP lo antes posible, idealmente tras recibir el pliego de concreción de hechos. La carga de la prueba del solicitante, no obstante, suscita la cuestión sobre la falta de conocimiento preciso sobre el importe de la posible multa en esa fase del procedimiento¹⁰.

Una de las cuestiones más complejas que plantea ese análisis sobre la afectación a la viabilidad de la empresa a sancionar tiene que ver con el papel que deba jugar el análisis de las posibilidades de acceso de la infractora a la financiación por parte de su matriz o empresas del grupo, cuando éstas no son directamente responsables de la sanción¹¹. Las Decisiones de la Comisión al respecto parecen haber experimentado una cierta evolución, pero en todo caso es claro que la Comisión no restringe su análisis a la empresa incoada, sino que procura un análisis global del acceso de la compañía en cuestión a la financiación externa.

El análisis financiero desarrollado por la Comisión Europea se expone resumidamente en cada decisión, lo que permite a la empresa afectada revisar la motivación individualizada aplicada a su solicitud de ITP. Como regla se hacen públicas exclusivamente las identidades de las compañías cuyas solicitudes de ITP han sido aceptadas o rechazadas, dado el carácter confidencial de los datos financieros para terceros. No obstante, el debate se plantea ya no respecto de los datos económicos concretos de la empresa en cuestión, sino del acceso por el resto de incoados y por terceros posibles interesados a los criterios y metodología de cálculo de la Comisión¹².

El riesgo para la viabilidad económica de la empresa debe estar causalizado a la imposición de la multa. Este requisito de que exista un *nexo causal entre el riesgo de viabilidad económica de la empresa y el pago de la multa* debe interpretarse en el sentido de descartar como candidatas a un remisión de deuda en virtud del párrafo 35 a aquellas empresas en las que las dificultades financieras son de tal magnitud que la expulsión de las mismas del mercado se va a producir en todo caso, incluso aunque no hubiera multa alguna. No obstante, las dificultades económicas deben ser evidentemente previas y suficientemente graves como para que la exigencia de la multa pueda poner en riesgo cierto su viabilidad¹³.

¹⁰ J. IMGRUND, «The “inability to pay” Doctrine in European Competition Law», *European Competition Law Review*, 33 (12), 2012, p. 563.

¹¹ Mediante decisión de 4 de abril de 2011, la Comisión Europea redujo la multa impuesta a dos filiales de dos grupos de compañías implicadas en el cartel de *pres-stressing Steel*, debido a que existía un «*liability gap*» importante entre la responsabilidad de las matrices y de las filiales, de forma que las filiales resultaban ser individualmente responsables de una porción mucho más elevada de la multa, lo que por aplicación de las reglas de determinación de las multas conllevaba un importe que fue considerado excesivo. Puede verse la mención a este asunto que realiza el vicepresidente Almunia en «Recent developments and future priorities in EU competition policy», *International Competition Law Forum*. Sobre esta cuestión y la polémica sobre si debe valorarse la mera capacidad de la matriz de proveer financiación o bien su disponibilidad a hacerlo, véase J. IMGRUND, «The “inability to pay” Doctrine in European Competition Law», *European Competition Law Review*, 33 (12), 2012, p. 564.

¹² Sobre esta cuestión, véase, *infra* 2.C.

¹³ Tal como señala la Comisión Europea en algunos de sus anuncios de reducciones de multa con base en el art. 35 de las Directrices, «*for this to happen, the company would need to be in a very*

En el caso de los cárteles es evidente que la estructura de mercados derivada de su existencia no debería servir de referencia a la hora de valorar el elemento causal de la ITP, puesto que puede tratarse de empresas que sólo sobrevivan aplicando precios cartelizados y que deban abandonar el mercado ya no por efecto directo de la multa, sino por efecto del fin de la vigencia del cártel¹⁴.

En relación al requisito de *privación de todo el valor de los activos* (que como veremos se interpreta como privación de valor *significativo*), evidentemente, dado que el objetivo es que la empresa infractora no sea expulsada del mercado y que no se produzcan efectos indeseados en forma de despidos masivos, si existen posibilidades de que en un periodo razonable continúe como negocio en funcionamiento en manos de otros propietarios, no se daría el requisito para la ITP¹⁵. Lo que no parece que la Comisión Europea tenga en cuenta como elemento relevante es la posible condición de competidor del eventual comprador de la empresa solicitante de la ITP. Es decir, que no resulta significativo a estos efectos el que el susceptible de comprar y continuar con la empresa en funcionamiento sea además un competidor, caso, por otro lado, que puede ser muy frecuente. Entendemos que si bien en este supuesto uno de los objetivos que sustenta la admisión de la solicitud ITP, esto es, el que un operador (adicional) salga del mercado, *sí se daría, no así los efectos en materia de empleo* y privación del valor significativo de los activos. La lógica es parcialmente similar a la aplicada en materia de concentraciones con la figura de la *falling firm defense*¹⁶.

Uno de los mayores objetivos reconocidos de la ITP es prevenir consecuencias sociales negativas derivadas de la desaparición de una empresa. El *contexto económico y social específico* que en las Directrices de 1998 aparecía como elemento autónomo¹⁷ sirve ahora para definir el marco en el que necesariamente debe darse el resto de requisitos que permiten la admisión de una solicitud de ITP. El elemento social y económico posibilita introducir en el análisis factores distintos de la regulación y política de competencia¹⁸. Mediante este elemento se valora el riesgo de despidos

bad shape already and the fine would push it over the cliff» (Speech 10/335, del comisario Almunia respecto del *Bathroom fittings cartel*).

¹⁴ P. KIENAPFEL y G. WILS, «Inability to Pay-First cases and practical experiences», *Competition Policy Newsletter*, 2010 (3), pp. 3-4.

¹⁵ Tal como señala el Tribunal de Primera Instancia [T-252/01, *Tokai Carbon Co Ltd and others v European Commission* (2004)] en el párrafo 372: «*The fact that a measure taken by a Community authority leads to the insolvency or liquidation of a given undertaking is not prohibited as such by Community law. Although the liquidation of an undertaking in its existing legal form may adversely affect the financial interests of the owners, investors or shareholders, it does not mean that the personal, tangible and intangible elements represented by the undertaking would also lose their value*».

¹⁶ Para una reflexión interesante sobre la necesidad de que se corrija el concepto de «*significant loss of asset value*» para aproximarse a la terminología de la «*failing firm defense*» (*exit of productive asset from the market*), véase la entrada de 27 de enero de 2014, del blog 21st Century Competition: «*Inability to pay and significant loss of asset value*».

¹⁷ Este elemento ha sido considerado, de hecho, como criterio único determinante de la reducción del importe de la multa en el caso *French beef*, decisión de 2 de abril de 2003, en la que se atendió a los efectos sobre el sector cárnico de la enfermedad de las vacas locas.

¹⁸ J. IMGRUND, «The “inability to pay” Doctrine in European Competition Law», *European Competition Law Review*, 33 (12), 2012, p. 565.

masivos y desempleo de larga duración, así como la específica situación del sector afectado, a la vista de indicadores tales como sobrecapacidad, caídas de precios o disminución de la demanda¹⁹. Pese a la clara interconexión entre ambos aspectos, el económico y el social, se ha señalado también la diferente lógica a la que responden cada uno de ellos. Así, la inclusión del contexto social parecería basarse en la concepción de que aquellos sujetos que no han intervenido en las actividades infractoras, pero afectados directos por la evolución en el mercado de la empresa (empleados, compañías proveedoras de la infractora, clientes, acreedores e incluso Administración tributaria) no deben sufrir las consecuencias indeseadas de la multa. El contexto económico, por el contrario, remite a la idea de contribuir a seleccionar como beneficiarias de la ITP a aquellas empresas en una situación financiera deteriorada por razón de una crisis sectorial o general y no por razón simplemente de una ineficiente gestión de sus administradores²⁰.

El Tribunal de Justicia ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el concepto de «contexto social específico», que entiende como «[...] constituido por las consecuencias que el pago de la multa podría tener, en particular, en lo relativo a un aumento del desempleo o un deterioro de los sectores económicos a los que la empresa afectada vende o de los que se abastece»²¹.

Se advierte en este requisito una diferencia notable con la regulación relativa a las ayudas públicas ilegales, cuya devolución es obligada incluso aunque ello conlleve la expulsión del mercado de la empresa afectada y la liquidación de sus activos²². La razón de ser del diferente tratamiento parece descansar en la presunción *de facto* de que sólo gracias a la ayuda ilegal la empresa en cuestión sobrevivía en el mercado²³. Cabe entender, también, que se considera más merecedora de protección la dificultad económica procedente de la imposición de una multa que la que deriva de la devolución de una cantidad que nunca debía haberse disfrutado. No obstante, dado que en el ámbito de conductas el infractor también se ha podido beneficiar de unas ventajas artificiales derivadas de los acuerdos anticompetitivos u otras restricciones, y pese a ello puede hacerse acreedor de una reducción de la multa si concurren las circunstancias de la ITP, resultaría conveniente evaluar la coherencia interna del sistema.

En esencia, los requisitos del punto 35 de las Directrices se combinan para establecer una excepción al sistema de cálculo de multas por infracción del Derecho de la competencia para poder atender a los casos en los que la propia multa puede causar la expulsión de la entidad infractora del

¹⁹ P. KIENAPFEL y G. WILS, «Inability to Pay-First cases and practical experiences», *Competition Policy Newsletter*, 2010 (3), p. 7.

²⁰ Véase J. IMGRUND, «The “inability to pay” Doctrine in European Competition Law», *European Competition Law Review*, 33 (12), 2012, p. 566.

²¹ Véase el caso C-308/04 P, *SGL Carbón AG v Commission*, 2006 (ECR I-5977), párrafo 106.

²² En materia de ayudas estatales está comúnmente aceptado que la recuperación de ayudas estatales ilegales pueda suponer la liquidación de la empresa afectada. Véase *Commission/Spain* (C-499/99) (2002), ECR I-6031.

²³ J. IMGRUND, «The “inability to pay” Doctrine in European Competition Law», *European Competition Law Review*, 33 (12), 2012, pp. 564-565.

mercado en el que viene operando. Todo el resto de requisitos y condiciones necesarios para que se aplique la excepción están dirigidos a garantizar que efectivamente se produce ese vínculo causal entre la imposición de una sanción pecuniaria y el riesgo cierto de eliminación de un operador en el mercado de que se trate.

B. LA PRÁCTICA DE LA COMISIÓN EUROPEA

La previsión del párrafo 35 de las Directrices para el cálculo de multas de 2006 se ha visto desarrollada por la *Nota Informativa* hecha pública por el vicepresidente Almunia y el comisario de Programación Financiera y Presupuestos Lewandowski en junio de 2010²⁴. La situación económica de crisis generalizada, combinada con un periodo de mantenimiento e incluso incremento de la imposición de multas de elevados importes, explica en gran medida no sólo el contenido de la *Nota explicativa*, sino también el momento temporal en el que ésta es hecha pública. La necesidad de atender a un mayor número de solicitudes de ITP y de hacerlo de forma coherente, justifica el interés de la Comisión Europea de exponer el método de análisis de las solicitudes de ITP de modo mucho más detallado (casi puede decirse que pedagógico).

La propia *Nota* reconoce los riesgos de la figura: i) el que se favorezca precisamente a las compañías que son ineficientes, mal administradas o sobreendeudadas; ii) la potenciación de los comportamientos estratégicos, sobre todo ingeniería financiera o reestructuraciones empresariales para evitar pagos de multa; iii) la disminución de la credibilidad de la Comisión como institución imparcial, y iv) la reducción del efecto disuasorio de las multas de la Comisión. A su vez, al identificar tales riesgos se deducen por contraste los objetivos a perseguir por la autoridad de competencia comunitaria al tramitar estas solicitudes de reducciones de multa.

Más allá de realizar una interpretación *auténtica* sobre cómo interpreta y cómo va a aplicar la Comisión Europea el párrafo 35 de las Directrices, la *Nota* introduce ciertos elementos adicionales. Así, la reducción de la multa se entiende no sólo como rebaja de la misma (que puede llegar a reducirse hasta cero), sino también para abarcar la concesión de esperas para el pago aplazado del importe. Asimismo, se dedica un apartado específico para señalar el tratamiento que se hará para aquellas solicitudes de reducción de la multa que se produzcan tras haberse adoptado la decisión sancionadora por la Comisión²⁵. Uno de los supuestos que la propia *Nota* señala como

²⁴ *Inability to pay under paragraph 35 of the 2006 Fining Guidelines and payment conditions pre- and post-decision finding an infringement and imposing fines.*

²⁵ Ya se ha hecho referencia *supra* a la dificultad que supone que en el momento de solicitar la ITP todavía no se conozca el importe concreto de la multa que la Comisión pueda terminar imponiendo a la empresa infractora. También cabe resaltar la preferencia de la Comisión Europea por la negociación más reservada de calendarios retrasados de pago u otros compromisos de pago negociados (pagos escalonados) en comparación con una nueva decisión de reducción de multa vía ITP, con la publicidad contradictoria con los objetivos de disuasión de conductas infractoras que ello conlleva.

ejemplo de la eventual necesidad de solicitar la ITP una vez impuesta la multa es el de los casos en los que, durante la tramitación de los recursos jurisdiccionales contra tal decisión, la empresa llega a peor fortuna.

Una revisión somera de los casos en los que se ha aplicado la previsión del párrafo 35 de las Directrices sobre cálculo de multas o bien se ha procedido a conceder reducciones del importe de la multa con base en otros fundamentos de *soft law*, permite una comprensión más depurada de la figura y del empleo que se viene haciendo de la misma.

En el marco de la adopción de las Directrices de 1998, la Comisión realizó rebajas globales en las multas para *todos* los participantes de la infracción en contextos de crisis sectoriales (caso *Seamless Steel Tubes*²⁶, con reducciones sobre el importe básico de la sanción, para todos los infractores, del 10 por 100). No obstante, ha rechazado tales rebajas en otros casos de cárteles de crisis posteriores²⁷. La Comisión parece también haber realizado una diferenciación entre eventuales situaciones de sectores industriales en crisis y una situación general de crisis que configura un marco económico deteriorado para toda la industria, valorando negativamente las reducciones de multas que se soliciten por contemplación del segundo escenario²⁸. El contexto económico específico fue el único elemento justificativo para conceder una reducción del 60 por 100 del importe de la multa en el caso del *French beef*²⁹, a la vista de la afectación al conjunto del sector ganadero de la enfermedad de las vacas locas.

Resulta interesante consultar la doctrina previa a 2006, etapa en la que se criticaba que la Comisión Europea, pese a su previsión expresa en las Directrices de cálculo de multas de 1998, sólo había admitido argumentos relativos a la posición económica adversa de la empresa para reducir el importe de la multa en un solo caso «sorprendente e inexplicable»³⁰. Efectivamente, si bien no hay ejemplos de reducción de multas *por incapacidad contributiva real* en el marco del punto 5.b) de las Directrices de 1998, sí se otorgó una reducción del 33 por 100 del importe de la multa para atender a la precaria situación financiera de la empresa en cuestión, a la que además habían sido impuestas otras multas en un corto espacio de tiempo por su participación en diversos cárteles³¹.

²⁶ Decisión de 8 de diciembre de 1999. La nota de prensa (IP/99/957) señala: «La Comisión ha reconocido como circunstancia atenuante la prolongada crisis que sufrió el sector y el hecho de que desde 1991 la situación en el mismo se haya deteriorado, lo que, junto a la afluencia creciente de importaciones, trajo consigo reducciones de capacidad y cierres de fábricas».

²⁷ Véase *Graphite Electrodes*, Decisión de 18 de julio de 2001.

²⁸ Decisión de la Comisión de 6 de diciembre de 2006, *Industrial tubes*.

²⁹ Decisión de la Comisión de 2 de abril de 2003.

³⁰ Véase el caso *Carbon and Graphite products*, Decisión de 3 de diciembre de 2003, severamente criticado por D. GERADIN y D. HENRY, «The EC fining policy for violations of competition law: An empirical review of the Commission decisional practice and the Community courts' judgements», *Global Competition Law Centre Working Paper 03/05*. En la segunda de las multas se concedió una reducción del 33 por 100 también, en este caso por considerarse que la imposición del importe total de la multa no era necesario para garantizar el efecto disuasorio de la misma (*Specialty Graphite*, Decisión de 17 de diciembre de 2002).

³¹ Así, en dos de los tres llamados casos *Graphite*, la Comisión no aceptó la solicitud de ITP de SGL Carbon, pero sí concedió una rebaja del 33 por 100 de la multa, para atender a la preca-

Una vez adoptadas las Directrices de 2006, no es hasta 2009, en la decisión de la Comisión en el asunto *Heat Stabilisers* cuando por primera vez se admite como tal una solicitud de ITP, habiéndose presentado y rechazado otras solicitudes en diversos casos anteriores³². El argumento más común de rechazo de las solicitudes ha venido siendo la insuficiente acreditación de las dificultades financieras causadas por la multa. En el caso *Heat Stabilisers* la reducción de la multa se aproximó mucho a la condonación de la misma, puesto que alcanzó un 95 por 100 de la sanción³³.

Tras esa primera estimación de solicitud de ITP, han seguido otros supuestos, hasta la fecha relativamente escasos³⁴, de admisión de la incapacidad contributiva y correspondiente reducción de la sanción: *Bathroom Fittings*³⁵, *Presstressing Steel*³⁶, *Animal Feed Phosphate*³⁷, *Refrigeration Compressors*³⁸ y *Window Mountings*³⁹ y *TV and computer monitor tubes*⁴⁰, variando el número de empresas beneficiarias y los porcentajes de reducción, entre el 25 y el 85 por 100 del importe de la multa. Algunos autores han señalado un cambio en la tendencia estricta de la Comisión vinculado a las presiones de la crisis financiera⁴¹, particularmente cuando ésta ha afectado de forma intensa a un determinado sector⁴².

Resulta revelador el hecho de que las reducciones del importe de la multa en virtud de la incapacidad contributiva de los solicitantes se hayan concedido siempre a empresas monoproducto o compañías con una cartera

ria situación financiera de la empresa, en combinación con el hecho de que recientemente se había impuesto una multa a la misma compañía. Decisiones de la Comisión de 17 de diciembre de 2002 (COMP/37667, *Specialty Graphite*, párrs. 556 y ss.) y 3 de diciembre de 2003 (COMP/38.359, *Electrical and mechanical carbon and graphite products*, párrs. 358 y ss.).

³² Los autores vinculan estos rechazos a la falta de aportación suficiente de datos financieros en los que la Comisión pudiera fundar su análisis, por parte de los solicitantes.

³³ Decisión de 11 de noviembre de 2009, COMP/38.589. No obstante, la nota de prensa de la Comisión no hace referencia a esta reducción.

³⁴ El vicepresidente Almunia señalaba en abril de 2011 cómo, de las siete decisiones relativas a cárteles adoptadas por la Comisión en 2010, se derivaron 32 solicitudes de reducción con base a la ITP, de las cuales sólo nueve fueron finalmente concedidas. «Recent developments and future priorities in EU competition policy», *International Competition Law Forum*.

³⁵ Decisión de 23 de junio de 2010 (caso Comp/39.092).

³⁶ Decisión de 30 de junio de 2010 (caso Comp/38.342).

³⁷ Decisión de 20 de octubre de 2010 (caso Comp/38.866).

³⁸ Decisión de 7 de diciembre de 2011 (caso Comp/39600).

³⁹ Decisión de 28 de marzo de 2012 (caso Comp/39092).

⁴⁰ Decisión de 5 de diciembre de 2012. Este último supuesto se menciona como ejemplo de la mayor reducción de multa por importe total hasta la fecha con base en el párrafo 35, 219 millones de euros; véase E. B. DE LA SERRE y E. LAGATHU, «The Law on Fines Imposed in EU Competition Proceedings: Faster, Higher, Harsher», *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 4, núm. 4, 2013, p. 335.

⁴¹ J. IMGRUND, «The “inability to pay” Doctrine in European Competition Law», *European Competition Law Review*, 33 (12), 2012, pp. 560-567. Sobre los vínculos entre la figura de la *inability to pay* y la industria en crisis, véase también, A. BARCELLS CARTAGENA, «European Competition Policy during the crisis: the approach of the European Commission», *Derecho de la Competencia Europeo y Español*, Madrid, Dykinson, vol. XI, 2013, pp. 391-443.

⁴² L. WILDPANNER y C. TEYSSIE, «The bathroom fittings and fixtures cartel», *Competition Policy Newsletter*, núm. 3, 2010, p. 32, reconocen que en la concesión de las tres solicitudes de ITP del cartel de accesorios sanitarios, el impacto de la crisis económica global y financiera en el sector de los accesorios sanitarios fue tenida en cuenta.

de productos relativamente reducida, de tamaño pequeño o medio y respecto de las cuales la multa alcanzaba el límite del 10 por 100 del volumen de negocios total realizado durante el ejercicio social anterior. Asimismo, las posibilidades ciertas de un incremento del desempleo de larga duración y sus consecuencias sociales han tenido gran protagonismo en los casos más recientes de ITP⁴³.

Más allá de las declaraciones institucionales insistiendo en la relevancia del papel disuasorio de las multas elevadas y en la trascendencia, mayor incluso en épocas de crisis, de una aplicación rigurosa del Derecho de la competencia y de la persecución de las conductas infractoras, es difícil delimitar el grado en que inciden las circunstancias económicas globales circundantes en estas decisiones de reducción del importe de la multa. Dado el necesario balance entre tal efecto disuasorio de multas y el coste social de la expulsión del mercado de un operador, algunas voces recomiendan no sólo la estimación restringida de la ITP, sino que parecen justificar su mayor uso en épocas de crisis económica generalizada, al considerar que en esos períodos es más probable que se produzca la valoración prioritaria de evitar el consiguiente coste social⁴⁴.

En este debate cobra relevancia la distinción que cabe realizar, en relación al importe previsto de las multas, entre efecto disuasorio *general* y efecto disuasorio *específico* o bien efecto disuasorio *ex ante* de la amenaza de la imposición de una multa y *ex post* en relación al concreto sujeto infractor una vez se ha detectado una conducta. Así, pese a que la aplicación de reducciones con motivo de la ITP significará como regla imponer multas de importe inferior al necesario para disuadir el comportamiento infractor⁴⁵, la firmeza en mantener el importe debido de la multa sin reducción puede perder parte de su sentido, especialmente respecto de la futura actuación de la empresa afectada, en los casos de incapacidad contributiva⁴⁶.

El elemento disuasorio también está en la base de la clara preferencia de la Comisión Europea por potenciar la negociación discreta de calendarios retrasados de pago u otros compromisos de pago negociados (pagos escalonados) en lugar de una nueva decisión, necesariamente pública, de reducción de multa *vía* ITP. Si bien la Comisión Europea en algunos supuestos ha reducido sustancialmente la multa *a posteriori* de haber adoptado la decisión⁴⁷, es clara y entendible su tendencia a la concesión de fraccionamientos del pago de la sanción.

⁴³ L. WILDPANNER y C. TEYSSIÉ, «The Bathroom fittings and fixtures cartel», *Competition Policy Newsletter*, núm. 3, 2010, pp. 30-32.

⁴⁴ P. KIENAPFEL y G. WILS, «Inability to Pay-First cases and practical experiences», *Competition Policy Newsletter*, 2010 (3), p. 4.

⁴⁵ P. J. WILS, «Optimal Antitrust Fines: Theory and Practice», *World Competition*, vol. 29, núm. 2, junio de 2006.

⁴⁶ Véase Specialty Graphites: «Imposing the full amount of the fine does not appear necessary in order to ensure effective deterrence».

⁴⁷ Véanse Decisiones de 31 de marzo de 2011 y de 4 de abril de 2011. El fundamento para tales reducciones queda poco detallado en la información disponible sobre los casos.

El riesgo que conlleva la concesión de solicitudes de ITP y la consiguiente publicidad de las mismas es que se genere o se exacerbe el comportamiento oportunístico de las empresas en el marco de la instrucción de un procedimiento sancionador, en cuanto que puedan crear artificialmente condiciones de insuficiencia financiera y crisis presupuestaria. Para atajar esa posibilidad, la Comisión analiza específicamente las medidas que puedan debilitar financieramente a la compañía y que se adopten una vez remitido el pliego de concreción de hechos⁴⁸ o en el contexto del inicio de la instrucción del procedimiento sancionador tras haberse realizado inspecciones.

La previsión expresa de la *inability to pay* en las Directrices de 2006 obliga a diferenciarla de otra figura, sólo en parte afín, que puede servir para el mismo objetivo, salvo casos de empresas pequeñas y/o monoproducción. Se trata del límite del 10 por 100 del volumen de negocios total realizado durante el ejercicio social anterior, previsto en el art. 23 (2) del Reglamento 1/2003 y establecido para proteger a las empresas respecto de multas que «*could destroy them commercially*»⁴⁹.

El obligado recurso al límite del 10 por 100 es relativamente frecuente en los supuestos de cárteles de larga o muy larga duración. De hecho, las disminuciones respecto del valor de la multa derivadas del límite del 10 por 100 son mucho más importantes en términos cuantitativos que las que puedan proceder de la admisión de la ITP⁵⁰. No obstante, como el 10 por 100 se computa sobre el volumen de negocio del grupo como tal, eso puede derivar en que se excede el 10 por 100 del volumen de negocio de la concreta empresa infractora.

Algunos autores consideran que esta previsión no ofrece suficiente protección, especialmente en períodos de crisis económica⁵¹, mientras que otros señalan que el teórico riesgo de que una empresa abandone el mercado por motivo de una multa derivada de una conducta anticompetitiva no es real, fundamentalmente debido a que el límite del 10 por 100 evita tal resultado⁵². El Tribunal General ha señalado que el límite del 10 por 100 no

⁴⁸ P. KIENAPFEL y G. WILS, «Inability to Pay-First cases and practical experiences», *Competition Policy Newsletter*, 2010 (3), p. 6.

⁴⁹ Caso T-71/03, *Tokai Carbon etc. v Commission*, 2005. Véase también Sentencia del TJUE de 12 de julio de 2012, asunto C-181/11P, *Cetarsa/Comisión*, apartado 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 aproximado e imperfecto, por su volumen de negocios global (Sentencia *Dansk Rørindustri y otros/Comisión*, antes citada, apdo. 280)».

⁵⁰ P. KIENAPFEL y G. WILS, «Inability to Pay-First cases and practical experiences», *Competition Policy Newsletter*, 2010 (3), p. 5, donde define el límite del 10 por 100 como el mejor y más exitoso instrumento para proteger a las empresas de la quiebra, incluso en tiempos de severa crisis económica.

⁵¹ C. GRAVE y J. NYBERG, «“A company’s inability to pay” a cartel fine imposed by the European Commission», noviembre de 2011, pp. 1-13, disponible en ssrn.com/abstract=1961744, p. 12.

⁵² M. MOTTA, «On cartel deterrence and fines in the EU», *European University Institute, Florence and Università di Bologna*, 2007, p. 12, quien defiende que en los supuestos en los que tras la imposición de una multa se produce la insolvencia no existiría relación causal con la imposición de la multa como tal, sino con la falta de capacidad de tal empresa de mantenerse en un entorno no cartelizado, sino competitivo.

siempre es suficiente para evitar que la multa impuesta sea desproporcionada. Así, respecto de empresas que operan en mercados de productos de alto valor pero con un bajo margen comercial, las cuales tienen un volumen de negocio desproporcionadamente alto en relación a sus beneficios y patrimonio⁵³.

Junto a la previsión de la incapacidad contributiva y el límite del 10 por 100, las Directrices de 2006 contemplan todavía un elemento que es preciso mencionar porque, si bien su finalidad originaria posiblemente no fuera la de reducir multas a la vista de la situación de dificultades financieras de la infractora, en la práctica de la Comisión ha tenido tal resultado en ocasiones.

Nos estamos refiriendo a la cláusula general de atención a las particularidades del caso del párrafo 37 de las Directrices de cálculo de las multas de 2006: «Aunque las presentes Directrices exponen la metodología general para la fijación de las multas, las características específicas de un determinado asunto o la necesidad de alcanzar un nivel disuasorio en un caso particular podrán justificar que la Comisión se aparte de esta metodología o de los límites fijados en el punto 21». Al amparo de esta cláusula se otorgó una reducción de la multa del 70 por 100 en el caso *International Removal Services*⁵⁴, al no concurrir el requisito de contexto económico y social específico, dado que la industria correspondiente, pese a no estar en una buena situación, no se encontraba en crisis⁵⁵. Igualmente con base en este párrafo 37 se otorgaron reducciones de la multa en los casos *Calciun Carbide* (20 por 100 de reducción de la multa)⁵⁶ y *Window Mountings*⁵⁷, esencialmente por tratarse de empresas pequeñas con la condición de monoproducción o casi. Esta cláusula general otorga mayor grado de discrecionalidad a la Comisión y parece que en la práctica se utiliza en casos en los que, por ejemplo debido a la condición monoproducción de la empresa afectada, la multa calculada conforme a las Directrices de 2006 se considera excesiva en relación a la dimensión de la infracción⁵⁸. Se trataría de supuestos en los que la multa resultante de la aplicación estricta de las Directrices es percibida por la propia autoridad de competencia como alta en exceso para la empresa en cuestión en relación a la infracción cometida, con independencia de que la empresa sancionada pueda *de facto* abonarla

⁵³ Caso T-352/09, *Nováche cernické závody v Commission*, párrafos 138-148.

⁵⁴ Decisión de 8 de marzo de 2008.

⁵⁵ J. IMGRUND, «The “inability to pay” Doctrine in European Competition Law», *European Competition Law Review*, 33 (12), 2012, p. 561, se refiere incluso al intento consciente de la Comisión Europea de eludir la aplicación de los estrictos criterios relativos a ITP.

⁵⁶ Decisión de 22 de julio de 2009.

⁵⁷ Decisión de 28 de marzo de 2012. Aquí se da la peculiaridad de que sí se concede una reducción a una empresa (45 por 100) con base en el punto 35 de las Directrices de 2006 y a otras con fundamento en el párrafo 37 («for most of the parties to this case, mountings for windows constitute a large fraction of their turnover», nota de prensa, IP/12/313, 28 de marzo de 2013).

⁵⁸ Sobre la relación entre párrafos 35 y 37 de las Directrices, y el discutible uso de las mismas por la Comisión, véase J. IMGRUND, «The “inability to pay” Doctrine in European Competition Law», *European Competition Law Review*, 33 (12), 2012, p. 562. También ha sido criticado el uso del párrafo 37 para reducir el importe de las sanciones, dado que de su redacción cabe deducir que se prevé para incrementos y no reducciones del importe de las sanciones (M. MOHAN, «Inability to Pay Fines: Tough Criteria for Get-Out-of-Jail Card», www.mayerbrown.com).

o no⁵⁹. El Tribunal General ha señalado que en los supuestos en los que la empresa infractora tenga una cartera de productos relativamente restringida y no pertenezca a un grupo de empresas más grande, la garantía del límite del 10 por 100 puede no ser suficiente y es justificable el recurso al párrafo 37 de las Directrices⁶⁰.

Como manifestación adicional de la preocupación de atender particularmente, desde la regulación de la competencia, a los casos de empresas medianas o pequeñas, cabe mencionar asimismo una previsión muy reciente, hasta el punto de que todavía no está adoptada sino en avanzada fase legislativa en el ámbito comunitario, pendiente sólo de su aprobación final por el Consejo; nos referimos a la *Directiva relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea*, adoptada por el Parlamento Europeo el 17 de abril de 2014. El art. 11 de la misma dispone, como excepción a la regla general de responsabilidad conjunta y solidaria de las empresas infractoras por los daños causados por la infracción, el caso de que el infractor sea una PYME con una cuota inferior al 5 por 100 en el mercado afectado y «la aplicación de las disposiciones normales en materia de responsabilidad conjunta y solidaria mermarían irremediablemente su viabilidad económica y causarían una pérdida de todo el valor de sus activos». Los ecos de la figura de la ITP en esta proyectada previsión resultan evidentes.

C. REVISIÓN JURISDICCIONAL. CONFIDENCIALIDAD, INCENTIVOS Y GRADO DE TRANSPARENCIA EN LAS DECISIONES SOBRE ITP

La concesión de la ITP a algunas empresas y no a otras conlleva inevitablemente recursos judiciales por aquellas sancionadas en el mismo expediente que no reciben la reducción de la multa, cuestionando los criterios aplicados por la Comisión y alegando que crean desventajas competitivas que exigen una adecuada y transparente justificación.

No existen ejemplos de resoluciones judiciales que anulen la decisión previa de la Comisión de no aceptar una solicitud de ITP. La visión más asentada de los Tribunales europeos en la materia está muy cercana a igualar la concesión de reducciones en la cuantía de la multa basadas en la incapacidad financiera del infractor al indebido otorgamiento de ventajas injustificadas para las empresas peor adaptadas a las condiciones del mercado.

Con anterioridad a las Directrices de 2006, el Tribunal de Primera Instancia ya advirtió que los cartelistas, que a menudo se constituyen como tales precisamente cuando su sector pasa por dificultades económicas, no podían reclamar amparo, con base en sus aprietos financieros y los del mer-

⁵⁹ J. IMGRUND, «The “inability to pay” Doctrine in European Competition Law», *European Competition Law Review*, 33 (12), 2012, p. 562.

⁶⁰ Caso T-352/09, *Nováče cementné závody v Commission*.

cado, a la hora de pretender una reducción de la multa impuesta por la Comisión⁶¹.

Esa posición jurisdiccional restrictiva sobre la figura se ha mantenido tras la adopción y publicación de las Directrices sobre cálculo de multas de 2006 y su párrafo 35⁶².

No obstante, se siguen interponiendo recursos cuestionando precisamente la decisión de la Comisión Europea de rechazo de la solicitud de ITP, algunos de ellos todavía pendientes de sentencia. En tales recursos se argumenta que la Comisión no ha valorado correctamente los hechos relativos a la falta de capacidad del sancionado (y el grupo al que pertenece) para atender a la multa. Asimismo, se alega frecuentemente la violación del principio de no discriminación, en los supuestos en los que la Comisión ha aceptado la solicitud de ITP sólo respecto de algunas de las empresas implicadas en la conducta sancionada, e incluso se argumenta que la Comisión habría «falseado la competencia de una manera contraria a Derecho en detrimento de la recurrente al aplicar a un competidor [...], el punto 35 de las Directrices de 2006 para el cálculo del importe de las multas»⁶³.

La Comisión se muestra muy reacia a establecer precedentes que puedan estimular un aumento de las solicitudes de ITP. Además del escaso número de decisiones admitiendo tal solicitud, el otro efecto es la que se ha denominado «lamentable falta de transparencia» de la Comisión sobre sus criterios y su enfoque de valoración de estas solicitudes⁶⁴. Hay que tener en cuenta además que, salvo la empresa afectada, no se dispone de una versión pública de la decisión más que con un notable retraso y el conocimiento sobre estos casos se reduce necesariamente a las breves menciones incluidas en los resúmenes de las decisiones de la Comisión que se publican en el *DOUE*, con notable decalaje respecto de la fecha de la decisión, y en las notas de prensa que se hacen públicas coincidiendo con la fecha de adopción de la decisión⁶⁵.

⁶¹ Casos T-236/01, T-239/01, T-244/01, T-251/01 y T-252/01 *Tokai Carbon Co Ltd and others v European Commission* (2004) («Tokai Carbon») parágrafos 369 y 370: «369 [...] cartels come into being, in particular, at a time when a sector is experiencing difficulties. If that circumstance did not justify the grant of an attenuating circumstance (see paragraph 345 above), it cannot justify a reduction in the fine in the present context either. 370 [...] According to settled case-law, the Commission is not required when determining the amount of the fine to take account of an undertaking's financial losses since recognition of such an obligation would have the effect of conferring an unfair competitive advantage on the undertakings least well adapted to the conditions of the market...».

⁶² Véase caso C-328/05 P, SGL. *Carbon v Commission*, 10 de mayo de 2007 (ECR I-3921), párrafo 100: «La Comisión no está obligada a tener en cuenta la situación económica de la empresa en cuestión al determinar el importe de la multa, ya que el reconocimiento de tal obligación equivaldría a procurar ventajas competitivas injustificadas a las empresas menos adaptadas a las condiciones del mercado», citando otras sentencias.

⁶³ Recurso de casación interpuesto el 12 de junio de 2014 por Faci SpA contra la Sentencia del Tribunal General (Sala 3.ª) dictada el 20 de marzo de 2014 en el asunto T-46/10, *Faci SpA/Comisión Europea* (asunto C-291/14 P).

⁶⁴ J. WALCH, «Inability to pay- how final is a fines decision?», *kluwercompetitionlawblog*, 31 de enero de 2013.

⁶⁵ Así, por ejemplo, la Decisión de la Comisión Europea en el asunto *Bathroom Fittings*, de 23 de junio de 2010 fue publicada en versión resumen en el *DOUE* de 29 de noviembre de 2011 (C 348/11 y ss.).

El Tribunal General ha tenido oportunidad de pronunciarse muy recientemente sobre qué concreta documentación vinculada a una solicitud de ITP puede ser considerada como confidencial a los efectos de que la Comisión niegue válidamente el acceso a la misma por parte de terceros interesados. En el caso *Reagens*⁶⁶, resuelto por la sentencia del TG de 24 de marzo de 2014, se trataba de una negativa de acceso a la información conexas a la concesión de una solicitud de *inability to pay*. El solicitante del acceso era una empresa sancionada por la Comisión en el ámbito de un cartel⁶⁷ y tal solicitud de acceso se formuló en el marco de un recurso frente a la decisión de la Comisión de conceder reducción de multa sólo a una de las tres empresas que formularon la correspondiente solicitud.

El TG consideró que la Comisión debía dar acceso tanto a la solicitud de ITP de la empresa que finalmente recibió la reducción como al primer cuestionario modelo formulado por la Comisión para tal empresa. Pero el TG coincide con la Comisión en considerar que tanto las respuestas de la compañía como el posterior cuestionario más individualizado y específico para el caso debían mantenerse confidenciales, por contener información sobre la posición financiera de la misma. Asimismo el TG consideró que el interés del solicitante de acceso en disponer de esa información para mejor fundar su recurso en sede judicial no «*constitute an overriding public interest in disclosure prevailing over protection of confidentiality*»⁶⁸.

La Comisión es consciente de los reproches que se le formulan relativos a sospechas de trato discriminatorio o insuficiente argumentación de sus decisiones sobre ITP⁶⁹ y ha tratado de reparar la relativa opacidad de estas decisiones mediante la indicación de detalles sobre su modo de proceder en las últimas decisiones y a través de notas de prensa⁷⁰.

3. LA CONSIDERACIÓN DE LA INCAPACIDAD CONTRIBUTIVA EN OTROS ORDENAMIENTOS

Si bien existen diferencias de detalle entre el sistema de cálculo de multas de la Comisión Europea y los de las Autoridades de competencia de los Estados miembros, es pacífico el entendimiento de que en lo posible cada jurisdicción nacional debe actuar de forma consistente con los principios aplicables bajo la normativa *antitrust* europea a situaciones comparables.

⁶⁶ Caso T-181/10 *Reagens SpA v Commission* (2014).

⁶⁷ Decisión de 11 de noviembre de 2009 (*Heat Stabilisers*), COMP/38.589, mencionada *supra*.

⁶⁸ Véase Ch. CHARALAMBOUS, «*Reagens: Access to Documents Re the Inability of an Undertaking to Pay the Fine*», *Journal of European Competition Law & Practice* (2014), 5 (7): 466-468, y VAN BAELE y BELLIS, «*European Union: General Court Confirms Inaccessibility Of Inability To Pay Requests*», 17 de abril de 2014, www.mondaq.com.

⁶⁹ Como se señala en algunas notas de prensa relativas a Decisiones de la Comisión en las que se aceptan solicitudes de ITP: «*The analysis is Company-specific and aims to be as objective and quantifiable as possible to ensure equal treatment and preserve the deterrence aspect of EU competition rules*».

⁷⁰ M. MOHAN, *Inability to Pay Fines: Tough Criteria for Get-Out-of-Jail Card*, diciembre de 2010, www.mayerbrown.com.

Diversos ordenamientos nacionales de nuestro entorno prevén expresamente la consideración de la situación financiera del infractor como elemento a considerar en el cálculo de la multa. A continuación se exponen muy brevemente, a título de ejemplo, los casos de Alemania, Reino Unido, Francia y Holanda. Un elemento característico de las diferentes previsiones nacionales sobre la materia es su énfasis en la discrecionalidad de la Autoridad de competencia para aplicar rebajas de la multa prevista vinculadas a las dificultades económicas del infractor, así como la condición claramente excepcional de su aplicación.

El párrafo 24 de las previgentes Directrices de Multas adoptadas por la autoridad alemana de competencia preveía el posible otorgamiento excepcional de una reducción del importe de las multas basado en la incapacidad contributiva, para los casos en los que el infractor probara su incapacidad para abonar la multa incluso en el supuesto de que se le otorgara un plan de pagos escalonados a largo plazo⁷¹. No obstante, el *Bundeskartellamt* de hecho no llegó a conceder ninguna rebaja de la correspondiente sanción pecuniaria con base en tal previsión⁷², pese a existir voces que han reclamado una aplicación más generosa de los principios que permiten otorgar esas reducciones y han reprochado la salida del mercado de ciertas empresas por causa de la imposición de una multa que supuestamente no podían abonar⁷³. Hasta la fecha, la Autoridad de la competencia alemana ha optado por potenciar el aplazamiento ordenado del pago de la multa para casos de alegación de incapacidad contributiva. Las nuevas Directrices, de junio de 2013, reducen incluso la previsión previgente a una mera mención a que «*The Bundeskartellamt also takes the company's financial capacity into account*», al tratar de los «*Offender-related criteria*»⁷⁴.

También la *Autorité de la concurrence* francesa prevé la figura de la «*capacité contributive*» en sus Directrices sobre el método de determi-

⁷¹ Notice no. 38/2006 on the imposition of fines under Section 81 (4) sentence 2 of the German Act against Restraints of Competition (GWB) against undertakings and associations of undertakings - Guidelines on the setting of fines, 15 de septiembre de 2006. «*The Bundeskartellamt takes into account the undertakings' financial capacity. If an undertaking proves that it is unable to pay the fine in the short or medium term without jeopardizing its existence the Bundeskartellamt can issue a debtor warrant or allow payment of the fine to be deferred. A reduction of the fine will, however, only be considered in exceptional cases if a company proves that, even on a long-term basis, it would be unable to pay the fine without jeopardizing its existence*».

⁷² Es interesante reseñar este comentario procedente de una entrevista realizada por *Global Competition Review* al presidente de la autoridad alemana en marzo de 2013 (disponible en la web del *Bundeskartellamt*): «*We have taken a lot of care to make sure we don't drive companies into insolvency; we never want that. We try to take into account a company's ability to pay and we have increased our staff in that area. We have hired controllers and accountants, and while we have tried to maintain the level of sanctions, we are trying to help companies through deferred payments and 10 per cent fine reductions through settlements; all these fringe tools that you have besides simply lowering the sanction*».

⁷³ Así, a título de ejemplo, mediante decisión de 27 de julio de 2011 la autoridad alemana impuso multas elevadas en un caso de fraude en licitaciones (big rigging) relativo a vehículos de extinción de incendios, caso núm. B12-12/10. Poco después, *Alfred Ziegler GmbH & Co. KG*, una de las empresas consideradas infractoras y multadas se vio inmersa en un procedimiento concursal, supuestamente como consecuencia de la multa impuesta por la ANC alemana.

⁷⁴ *Guidelines for the setting of fines in cartel administrative offence proceedings*, 25 de junio de 2013.

nación del importe de las multas⁷⁵, como posible elemento a alegar por la empresa incoada interesada, e incluso tiene disponible en su web un cuestionario modelo⁷⁶ al efecto de su presentación por la empresas afectadas y en el que se especifican orientativamente los elementos relevantes para acreditar la existencia de dificultades financieras específicas así como su impacto en la capacidad del infractor para abonar la multa. En algunos de los casos en los que se han aplicado reducciones en el importe de la multa para tomar en consideración las dificultades financieras concretas de alguno de los infractores, tal reducción se añadía además a una previa rebaja motivada por las dificultades del contexto económico afectante al sector productivo en cuestión⁷⁷. En alguna ocasión la resolución sancionadora de la *Autorité* ha sido anulada parcialmente por la *Cour de Appel* de París, entre otros motivos, por no haber considerado suficientemente los efectos de la crisis imperante sobre las empresas infractoras⁷⁸. La *Cour de cassation* ha precisado, incluso, el deber de la autoridad francesa de tomar en consideración las alegaciones sobre incapacidad contributiva realizadas por la compañía infractora que, no habiendo hecho alegación alguna al efecto durante el procedimiento, la formula en fase de ejecución del pago de la sanción⁷⁹.

En el caso de Reino Unido, las Directrices de la autoridad de competencia sobre cálculo de la multa⁸⁰, prevén de forma muy sucinta, bajo el título de «dificultades financieras» la posibilidad de que, en circunstancias excepcionales, la OFT pueda reducir la multa prevista cuando el infractor sea incapaz de abonarla debido a su situación financiera. Además de la parquedad de la previsión, que no incluye más elementos determinantes de su aplicación que la «financial position» de la empresa en cuestión, destaca el énfasis de la misma en el carácter excepcional de tal reducción y en que no puede servir para generar expectativas de los infractores en el sentido de considerar tal posibilidad de reducción como un derecho a la reducción sobre la base de hallarse en cierta situación de dificultad financiera. La interpretación realizada por OFT sobre esta posibilidad ha sido rigurosa⁸¹, y

⁷⁵ Sección 3, *Communiqué du 16 mai 2011 relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires*.

⁷⁶ *Questionnaire relatif à la capacité contributive des entreprises et organismes*.

⁷⁷ *Décision 13-D-03 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du porc charcutier*, de 13 de febrero de 2013.

⁷⁸ Sentencia de 19 de enero de 2010, *AMD Sud Ouest, Arcelor Profils et autres c Conseil de la concurrence*.

⁷⁹ *Cour de cassation civile, Chambre commerciale*, 22 de octubre de 2013.

⁸⁰ *OFT's guidance as to the appropriate amount of a penalty*, septiembre de 2012: «Financial hardship.- 2.27 In exceptional circumstances, the OFT may reduce a penalty where the undertaking is unable to pay the penalty proposed due to its financial position. The OFT emphasises that such financial hardship adjustments will be exceptional and there can be no expectation that a penalty will be adjusted on this basis».

⁸¹ A título de ejemplo, OFT ha considerado que la alegada disminución de volumen de negocio no sólo no permitía apreciar que hubiera caso para reducir la multa sino que suponía una ventaja indirecta para el infractor en el sentido de que la multa era calculada partiendo de una base más reducida de la que hubiera podido ser y por tanto más beneficiosa en términos de inferior cuantía. Véase Decisión OFT núm. CA/98/04/2006 OFT, de 28 de junio de 2006.

la revisión jurisdiccional ha confirmado el carácter discrecional para OFT de la valoración de este aspecto⁸².

El caso holandés es particularmente interesante desde la perspectiva de este estudio, en el sentido de que la expresa referencia a las dificultades financieras del infractor se realiza en las Directrices sobre imposición de multas precisamente para señalar que, si bien se prevé la posibilidad de apartarse de una aplicación estricta del método de cálculo de la multa en supuestos en que se incurriría en un trato manifiestamente injusto, la alegación de incapacidad contributiva no resulta relevante a los efectos de considerar a la empresa infractora merecedora de una modificación del importe debido de la multa⁸³.

Finalmente, fuera del ámbito de la Unión Europea, pero suficientemente significativo como para justificar una mención, el Derecho *antitrust* norteamericano prevé también una posible modificación del importe de la multa originaria en casos de dificultades financieras del infractor. Así, las *Federal Sentencing Guidelines* contienen una sección relativa a «*inability to pay*». Los elementos clave para que pueda darse una reducción de la multa basada en la ITP son que la entidad en cuestión no tenga capacidad de abonar el importe previsto de la multa, ni siquiera en el marco de un plan razonable de pagos periódicos, así como que la reducción no será más que la necesaria para evitar poner sustancialmente en riesgo la viabilidad de la entidad⁸⁴. En Estados Unidos un elemento adicional que puede justificar también la reducción de la multa es que la empresa no pudiera atender en caso contrario a la responsabilidad patrimonial vinculada a reclamaciones civiles por daños derivados del ilícito competencial. El uso por la *U.S. Department of Justice's Antitrust Division* de esta previsión ha sido escaso durante una primera etapa⁸⁵, pero se ha incrementado ligeramente en el marco

⁸² Véase Competition Appeal Tribunal, *Achilles Paper Group Limited v. Office of Fair Trading* [2006] CAT 24, «The OFT's decision not to reduce the fine in response to this request is, in our view, well within its margin of appreciation and is something that this Tribunal should not disturb». También, *Sepia Logistics Limited (formerly known Double Quick Supplyline Limited) and Precision Concepts Ltd* [2007] CAT 13, párrafos 94 y ss.: «The financial position of an undertaking may be taken into account at Step 3 of the OFT's process (see paragraph 2.11 of the Guidance). It is, in our view, important to note that the wording of the Guidance in this regard is that "considerations at this stage may include, for example, ... [the] financial position of the undertaking in question" (emphasis added). This makes it clear that it is within the OFT's margin of appreciation to take the financial position of an undertaking into account but that there can be no expectation that a penalty will be adjusted on this account».

⁸³ «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/>: «For the purposes of Section 16(2), which provides that the Board may deviate from these Policy Rules if the strict application thereof would result in manifestly inequitable treatment, the offender's financial position is in principle irrelevant when determining the level of the fine, on the understanding that the imposition of a fine must not have the effect that an offender is likely to go bankrupt».

⁸⁴ Véase 2011, *Federal Sentencing Guidelines Manual* § 8C3.3 (2010): «(i) the organization is not able and, even with the use of a reasonable installment schedule, is not likely to become able to pay the minimum fine required y (ii) the reduction under this subsection shall not be more than necessary to avoid substantially jeopardizing the continued viability of the organization».

⁸⁵ Véanse casos *Graphite Electrodes Cartel* (1999) y *Hynix* (2005). Sobre el caso *Hynix* y la hasta ese momento prácticamente nula aceptación de solicitudes de ITP, véase J. H. MUTCHNIK y

de la recesión económica⁸⁶. No obstante la autoridad norteamericana públicamente señala que aplica criterios rigurosos en su análisis de los datos financieros de la infractora y de sus posibilidades de acceso a financiación externa, en ocasiones mediante la asistencia de expertos externos a la autoridad empleados para tal función, e indica igualmente que las empresas que realicen frívolamente solicitudes de ITP pueden ser sancionadas por obligar a la autoridad a emplear inútilmente recursos en ese proceso de auditoría de los estados financieros⁸⁷.

Merecen una mención específica aquellos casos en los que la ITP se produce o se alega que se produce precisamente por la concurrencia de sanciones impuestas por dos autoridades de competencia de distinto ámbito territorial respecto de un mismo infractor. Así, en el contexto de un cártel de fabricantes de harinas que motivó resoluciones sancionadoras en paralelo por las autoridades holandesa y alemana, uno de los infractores alegó su incapacidad para abonar la multa como resultado de la multa impuesta por la *NMa* holandesa, y atendiendo a la multa prevista a imponer por el *Bundeskartellamt*. En este caso, ambas autoridades coordinaron su actuación de forma que la *NMa* redujo en febrero de 2013 la multa impuesta en diciembre de 2010 en contemplación de la multa prevista por la autoridad homóloga alemana⁸⁸.

4. LA AUSENCIA DE FIGURA SIMILAR EN EL MODELO ESPAÑOL. LA PRÁCTICA DE LA AUTORIDAD ESPAÑOLA DE COMPETENCIA

En España, desde 1999⁸⁹, las situaciones de dificultad económica, como es el caso de una crisis general o sectorial, no se han considerado normativamente como circunstancia atenuante, posiblemente en atención a que esta circunstancia ya vendría contemplada en el límite de la sanción recogido en el art. 63.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la

C. T. CASAMASSIMA, «*United States v. Hynix Semiconductor, Inc.*: Opening the Door to the Inability-to-Pay Defense?», *The Antitrust Source*, septiembre de 2005.

⁸⁶ Las rebajas se han realizado fundamentalmente en el marco de cárteles en la industria del automóvil y transporte aéreo. Véase *International Air Cargo Shipments*, 2010 y *Aftermarket Auto Lights*, 2012.

⁸⁷ Véase «Cartel Roundable», *Global Competition Review*, vol. 15 (4), 2012, pp. 19-20.

⁸⁸ Puede consultarse una reseña sobre el asunto en http://ec.europa.eu/competition/ecn/brief/01_2013/nl_de.pdf. Asimismo, sobre si el mayor incremento de la ITP pudiera estar parcialmente vinculado a que la Comisión Europea sanciona una vez se han producido correspondientes sanciones previas por parte de otras jurisdicciones más rápidas en resolver los asuntos, de modo que la empresa en cuestión carece ya en esa fase de recursos suficientes para atender a la multa. D. VASCOTT, «EU cartel settlements: are they working?», *GCR news*, 8 de abril de 2013.

⁸⁹ El art. 3.2.b) de la Ley 18/1989, de Defensa de la Competencia, preveía originariamente la posibilidad de autorizar acuerdos y medidas limitativas de la competencia que tuvieran por objeto la adecuación de la oferta a la demanda cuando se manifestase en el mercado una tendencia sostenida a la disminución de ésta, o cuando el exceso de capacidad productiva fuera claramente antieconómico. Esta previsión desapareció con la Ley 52/1999, de 28 de diciembre, de reforma de la Ley 18/1989. Sobre esta materia, en extenso, véase J. COSTAS COMESAÑA, *Los cárteles de crisis: crisis económica y defensa de la competencia*, Madrid, Marcial Pons, 1997.

Competencia (LDC), establecido en el 10 por 100 (en el caso de infracciones muy graves) del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa⁹⁰.

La Autoridad de la competencia española, en sus sucesivas *encarnaciones*, y también respecto de la previsión similar contenida en el art. 10 de la Ley 16/1989, ha aplicado el límite con la idéntica finalidad a la reconocida por la Comisión Europea en los procedimientos comunitarios, esto es, como un límite para salvaguardar la viabilidad financiera de las empresas⁹¹. La Audiencia Nacional ha confirmado en diversas ocasiones tal finalidad del límite del 10 por 100⁹².

La Comunicación de la Comisión Nacional de la Competencia sobre cuantificación de multas⁹³, al contrario que las Directrices para el cálculo de las multas de la Comisión Europea y que los ejemplos de Derecho comparado antes reseñados, no contiene previsión específica alguna para atender a la situación financiera de la entidad infractora a la hora de determinar el importe de la multa.

El párrafo 4 de la Comunicación de multas de 2009 prevé la posibilidad, excepcional, de apartarse de la metodología de la comunicación cuando concurren circunstancias excepcionales. En concreto, la Comunicación prevé: «La metodología general para la cuantificación de las multas contenida en la presente Comunicación será aplicada con carácter general. Excepcio-

⁹⁰ Esta opción legislativa ha sido explicitada por la Audiencia Nacional en su Sentencia de 22 de enero de 2013, relativa al expte. S/0226/10, Licitaciones de Carreteras: «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» (FD 8.º).

⁹¹ V. SOPEÑA y H. OTERO, «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?», en *Anuario ICO 2013*. Recientemente, véase Resolución de 22 de septiembre de 2014 (expte. S/428/12, Palés): «La LDC, pues, fija primero un máximo legal para la sanción (art. 63 LDC), cuyo objeto es limitar la multa máxima en función de la capacidad de pago del infractor para evitar que el pago de la multa conduzca a la desaparición de la empresa —por eso el art. 63 LDC se refiere a la cifra de negocio total del período más próximo a la resolución sancionadora, independientemente del mercado afectado y de cuándo se produjera la infracción—, para luego establecer criterios de graduación de la sanción junto con circunstancias agravantes y atenuantes (art. 64 LDC)».

⁹² Véase, por todas, la SAN de 5 de marzo de 2013: «El límite previsto en el art. 63.1.c) de la Ley 15/2007 del 10 por 100 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 [...]».

⁹³ Comunicación de 6 de febrero de 2009, de la Comisión Nacional de la Competencia, 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 (BOE de 11 de febrero de 2009).

nalmente, 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) (mejorar la transparencia y la objetividad en el cálculo de la sanción, potenciar su efecto disuasorio y favorecer la seguridad jurídica de los operadores económicos) 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».

En España la Autoridad de competencia ha visto como jurisprudencialmente se le reconoce disponer 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»⁹⁴.

La experiencia práctica de la Autoridad de competencia en esta materia se ha dado en dos dimensiones cercanas a la incapacidad contributiva: en el marco de solicitudes de fraccionamiento o aplazamiento en el pago de las sanciones pecuniarias impuestas y al sancionar a empresas que se encontraban en situación concursal en el momento de la resolución del procedimiento sancionador y del cálculo de la multa.

Como es natural, la LDC no prevé expresamente soluciones singulares para estos escenarios. Respecto del aplazamiento del pago de las sanciones impuestas por infracción del derecho de la competencia, no obstante, en tanto que derechos de naturaleza pública y contenido económico derivados del ejercicio de potestades administrativas, cabe extender a las mismas la posibilidad de solicitar el aplazamiento o fraccionamiento del pago expresamente previsto en la Ley General Tributaria para las deudas tributarias⁹⁵. La autoridad de competencia, a solicitud de las sancionadas, con carácter relativamente habitual, concede o deniega según los casos, mediante Resolución del presidente del organismo, fraccionamientos del pago de la deuda pendiente, cuando se aprecia la existencia de dificultades transitorias económico-financieras y atendiendo a las posibilidades de generar recursos de la entidad sancionada. La concesión del pago fraccionado de la deuda, genera la correspondiente liquidación de intereses de demora y queda condicionada a la formalización de la garantía ofrecida en la solicitud de fraccionamiento⁹⁶.

⁹⁴ SSTs de 10 de febrero de 2011, de 8 de junio de 2010 y de 1 de diciembre de 2010.

⁹⁵ El art. 65.1 LGT dispone que «(l)as deudas tributarias que se encuentren en período voluntario o ejecutivo podrán aplazarse o fraccionarse en los términos que se fijen reglamentariamente y previa solicitud del obligado tributario, cuando su situación económico-financiera le impida, de forma transitoria, efectuar el pago en los plazos establecidos». En el art. 82 LGT se establecen las garantías exigibles para aplazar o fraccionar las deudas.

⁹⁶ La Resolución de fraccionamiento se notifica a la infractora solicitante del mismo. Pueden consultarse referencias a tales solicitudes, a título de ejemplo, en Resoluciones de vigilancia

Si la empresa infractora ya se encuentra en fase de liquidación, lo que corresponderá será no imponer la multa o, más precisamente, que ésta sea igual a cero. Efectivamente, aquellas empresas que encontrándose en situación de concurso de acreedores acrediten no haber realizado actividad en el año anterior a la sanción, no son objeto de imposición de sanción alguna, dado que la propia aplicación del límite del art. 63.1 de la LDC supondría sanciones de importe igual a cero⁹⁷. Se trata de supuestos en los que tampoco se darían los requisitos impuestos por el párrafo 35 de las Directrices para el cálculo de multas de la Comisión Europea, puesto que no existiría nexo causal entre la imposición de la multa y la situación de concurso del infractor, circunstancia que precede a la multa misma, y el objetivo a evitar a través de una rebaja de la sanción, esto es, la expulsión del mercado de la empresa, tampoco parece que sea posible alcanzarlo ya.

Para los casos respecto de los cuales en otros Ordenamientos está prevista la figura ITP, esto es, aquéllos en los que la entidad infractora no está todavía inmersa en un procedimiento concursal, o al menos no de liquidación, pero que alega que no podría atender al pago de la multa incluso en un escenario favorable de concesión de un plan de aplazamiento de pagos, tampoco existe una previsión expresa en el sistema español de cuantificación de sanciones por ilícitos *antitrust*.

Aunque se trata de una cuestión que apenas ha sido objeto de atención académica en España⁹⁸, algunas voces del sector de la aplicación del derecho de la competencia empiezan a plantear la necesidad de acometer el tratamiento de esta materia⁹⁹.

de la CNMC de 10 de julio de 2014 (expte. VS/0155/09, Stanpa) o de 18 de junio de 2014 (expte. VS/0086/08, Peluquería Profesional).

⁹⁷ Véase Resolución de 12 de septiembre de 2013 (expte. S/0303/10, Distribuidores Saneamiento): «G. Vilar ha declarado a la CNC que no realizó volumen de ventas en 2012 y que el importe total realizado en 2011 fue de 2.401,86 euros. Todo apunta a que la empresa se encuentra inoperativa, «habiendo cesado en su actividad desde prácticamente el inicio del concurso de acreedores, encontrándose en fase de liquidación» (folio 69.260). No se tiene constancia de que ninguna otra empresa la haya sucedido en su negocio. En atención a todas estas circunstancias y al principio consagrado en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de atender a la realidad económica antes que a la jurídica o formal de las empresas implicadas en infracciones de cártel, el Consejo, siguiendo otros precedentes (el caso de Esinca en el expediente S/0342/11, Espuma de Poliuretano), no considera procedente la imposición de sanción a G. Vilar». Véase también ejemplos similares en Resoluciones de la CNC de 25 de marzo de 2013 (expte. S/0316/10, Sobres de Papel) y 28 de enero de 2013 (expte. S/0342/11, Espuma de Poliuretano).

⁹⁸ En «Confluencia y conflicto entre el Derecho de la competencia y el Derecho concursal», en *Derecho de la Competencia Europeo y Español*, vol. IX, Dykinson, 2013, señalábamos que «el que la lista de circunstancias atenuantes para fijar el importe de la sanción que incluye el art. 64.3 LDC no tenga carácter taxativo (“entre otras”) permite dejar abierta la puerta a que se pueda llegar a considerar la condición financiera crítica de la empresa infractora como circunstancia atenuante en la fijación del importe de la sanción». No obstante, también reconocíamos las dificultades conceptuales de utilizar un instrumento diseñado para valorar la gravedad de la infracción para una finalidad distinta, no vinculada al menor reproche que merece la conducta que se enjuicia sino a las consecuencias indeseables de la aplicación de la sanción que se anuda a la misma.

⁹⁹ El primer borrador del *Plan Estratégico* de la CNMC fue sometido a consulta pública durante 20 días, finalizando el plazo el día 29 de abril de 2014. La Asociación Española para la Defensa de la Competencia en sus observaciones, disponibles de la web de la CNMC, identificó como aspectos que parece necesario abordar en el corto plazo, «la incapacidad de pago por parte de las empresas

5. CONCLUSIONES

Como ha sido señalado, el objetivo del Derecho de la competencia en el ámbito de las conductas prohibidas es forzar el comportamiento de las empresas, pero sin llegar a quebrarlas¹⁰⁰. La *inability to pay* o incapacidad contributiva se concibe como un mecanismo para introducir, en sede de cálculo del importe de la multa, la consideración de las circunstancias financieras y económicas del infractor y tratar de evitar los supuestos en los que, dada su previa situación patrimonial crítica, el importe de la multa que correspondería a la infracción pueda ser determinante de la expulsión de tal empresa del mercado.

La valoración de los ejemplos comparados de otros sistemas en los que sí existe una previsión expresa de la incapacidad contributiva arroja un balance que puede caracterizarse por la complejidad y costes para la administración actuante de la puesta en práctica de la figura, y que resulta poco proporcionado al número relativo de resoluciones que aprecian que se dan los elementos requeridos para aceptar la solicitud de reducción de multa por motivo de la incapacidad contributiva.

Hay que tener en cuenta que los recursos que la Autoridad de competencia debe dedicar al análisis de las solicitudes de ITP serán necesariamente notables. La experiencia hasta la fecha de la Comisión Europea pone de manifiesto que la inclusión de una excepción de incapacidad contributiva conlleva un complejo y laborioso análisis retrospectivo y prospectivo de la situación financiera de la empresa solicitante¹⁰¹ y diversas Autoridades del ámbito comparado reconocen también el elevado coste en términos de personal con formación específica dedicado al análisis de este tipo de solicitudes de reducción de multa¹⁰². Es comprensible que quepa considerar como una opción más proporcionada y eficiente concentrar todos los medios de la Administración supervisora, siempre insuficientes, a la persecución de las conductas infractoras. La propia Comisión Europea, tanto en las Directrices sobre multas de 2006 como en su práctica concibe la ITP como una figura excepcional que merece una interpretación restrictiva y defiende que los casos de reducciones de multas por este motivo deberían limitarse al máximo¹⁰³. Desde esa perspectiva, los argumentos para no llegar siquiera a introducir la figura resultan muy poderosos.

sancionadas o la tipología de garantías permitidas para asegurar el pago de las sanciones económicas impuestas» (consulta pública y aportaciones disponibles en www.cnmc.es).

¹⁰⁰ M. MOHAN, «Inability to Pay Fines: Tough Criteria for Get-Out-of-Jail Card», www.mayer-brown.com «[...] bend, but not break, guilty companies with the fines».

¹⁰¹ En las notas de prensa en las que se da noticia de Decisiones en las que se ha invocado la ITP por alguno de los infractores, es frecuente que la Comisión incluya una mención que refleja la complejidad del análisis y los de medios que obliga a dedicar por parte de la Autoridad de competencia responsable: «*These applications have been thoroughly assessed on the basis of financial statements for recent years, projections for the current and coming years, ratios measuring the financial strength, profitability, solvency, liquidity, and relations with outside financial partners and with shareholders*».

¹⁰² Véase *supra*, notas 72 y 86 para el caso alemán y norteamericano.

¹⁰³ P. KIENAPFEL y G. WILS, «Inability to Pay-First cases and practical experiences», *Competition Policy Newsletter*, 2010 (3), p. 3.

A su vez, cuanto más detallado sea el sistema de cálculo para determinar importe de sanciones y menor el grado de flexibilidad o apreciación para la Autoridad de competencia, mayor puede ser la necesidad de disponer de algún mecanismo tipo ITP.

La utilización de cláusulas de escape excepcionales como la contenida en el párrafo 4 de la Comunicación sobre cuantificación de las sanciones de la Autoridad española de competencia para resolver esos casos de incapacidad contributiva o de graves dificultades financieras, como regla marginales, tiene a su vez evidentes riesgos desde la perspectiva de que se generen legítimos reproches sobre la falta de transparencia y previsibilidad del sistema, la seguridad jurídica de los operadores en torno a la determinación de los criterios a emplear por la Autoridad a la hora de valorar cómo la constatación de las dificultades financieras deba trasladarse efectivamente al importe de la multa, y el posible trato discriminatorio entre unos operadores u otros.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que en los ordenamientos, como es el caso del español, donde no existen elementos complementarios de disuasión de conductas anticompetitivas (así, la previsión de multas personales o sanciones penales a los directivos, daños indemnizatorios o coste reputacional elevado derivado de la publicidad de la infracción), es preciso ser particularmente cauto a la hora de valorar introducir cualquier medida que pueda perjudicar el delicado engranaje del sistema de multas, que se sustenta en gran medida en el efecto disuasorio.

En conclusión, para los casos excepcionales en los que se suscite el riesgo cierto de desaparición de un agente económico tras la acción sancionadora de una autoridad de competencia, la solución más proporcionada debería arbitrase a través de la solicitud y concesión de condiciones mejoradas de pago de la multa, mediante aplazamientos o fraccionamientos del pago, en lugar de otorgar reducciones parciales o incluso totales de las multas en casos de infracciones muy graves del derecho de la competencia¹⁰⁴. Esta posibilidad de pagos aplazados debería ser suficiente para atender a supuestos como los que trata de proteger la *inability to pay*.

¹⁰⁴ J. WALCH, «Inability to pay- how final is a fines decision?», *kluwercompetitionlawblog*, 31 de enero de 2013, se refiere a cómo el factor disuasorio vinculado a las multas en el ámbito *antitrust* está mejor protegido por la facultad de la Comisión Europea de conceder reducciones de la sanción, una vez publicada la decisión en la que figuran las multas en sus elevados importes originales para conocimiento público. Todavía más útil en este mismo sentido es la posibilidad de conceder ya no reducciones de la multa, que exigen inevitablemente una nueva decisión de la Comisión, sino otros sistemas de pago aplazado de la misma, sin reducción del importe global, que se acuerdan en negociaciones no públicas.

UNIÓN EUROPEA SEGUNDA PARTE

DIRECCIONES DE INTERNET

- Alemania: Bundeskartellamt
<http://www.bundeskartellamt.de>
- Austria: Bundeswettbewerbsbehörde
<http://www.bwb.gv.at/Content/Navigation.aspx>
- Bélgica: Autorité belge de concurrence
<http://www.facom.be/fr/accueil.html>
- Bulgaria: Commission on Protection of Competition
<http://www.cpc.bg/Default.aspx>
- China: Commission for the Protection of Competition
<http://www.cmpc.gov.cn/cmpc/eng/compromission/index.shtml>
- Corea: Korea Competition Agency
<http://www.kca.go.kr/>
- Dinamarca: Konkurrencestyrelsen
<http://www.kst.dk/>
- Eslovenia: Antitrust Policy Office
<http://www.kat.gov.si/>
- Eslovaquia: Competition Protection Office
<http://www.vse.sk/>
- Francia: Autorité de Concurrence
<http://www.aud.fr/>
- Irlanda: Competition and Consumer Protection Commission
<http://www.ccc.gov.ie/>
- Italia: Agenzia per la Difesa della Concorrenza ed Antitrust
<http://www.agcm.it/>
- Japón: Agencia Española de la Competencia
<http://www.aecocom.es/>
- Países Bajos: Nederlandse Mededingingsautoriteit
<http://www.znwa.nl/>
- Polonia: Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów
<http://www.uokik.gov.pl/>
- Reino Unido: Competition Commission
<http://www.competition.gov.uk/>
- República Checa: Úřad pro ochranu hospodářské soutěže
<http://www.ohs.cz/>
- Suecia: Konkurrenserver
<http://www.konkurrenserver.se/>
- Suecia: Konkurrensverket
<http://www.konkurrensverket.se/>
- Suecia: Konkurrensverket
<http://www.konkurrensverket.se/>
- Suecia: Konkurrensverket
<http://www.konkurrensverket.se/>
- Suecia: Konkurrensverket
<http://www.konkurrensverket.se/>

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/>

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_en/index_en

Croacia: Croatian Competition Agency

<http://www.aztn.hr/>

Dinamarca: Konkurrencestyrelsen

<http://www.kfst.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 los Mercados y la Competencia

<http://www.cnmc.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: Comisión de Defensa de la Competencia de la Comunidad Valenciana

<http://www.indi.gva.es/portal/opencms/es/Competencia.html>

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: Autoridad Vasca de Defensa de la Competencia

<http://www.competencia.euskadi.net/z02-home/es/>

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.economie.gouv.fr/dgccrf>

Grecia: Hellenic Competition Commission

<http://www.epant.gr/>

Holanda: Autoriteit Consument & Markt

<https://www.acm.nl/nl/>

Hungría: Hungarian Competition Authority

<http://www.gvh.hu/en/>

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

<http://www.concorrenca.pt/>

Reino Unido: Competition & Markets Authority

<https://www.gov.uk/government/organisations/competition-and-markets-authority>

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: Commission for the Protection of Competition

<http://www.kzk.gov.mk/eng/index.asp>

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/>

3. AMÉRICA

Argentina: Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

<http://www.cndc.gov.ar/>

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>

Chile: Tribunal de Defensa de la Libre Competencia
<http://www.tdlc.cl>

Colombia: Superintendencia de Industria y Comercio
<http://www.sic.gov.co/>

Costa Rica: Comisión para Promover la Competencia
<http://www.coprocom.go.cr/>

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 del Sur: 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/>

New Zealand: Commerce Commission

<http://www.comcom.govt.nz/>

Tailandia: Office of Thai Trade Competition Commission

http://otcc.dit.go.th/otcc/index_en.php

Taiwan: Fair Trade Commission

<http://www.ftc.gov.tw/internet/english/index.aspx>

Uzbekistán: The State Committee of Uzbekistan on Privatization, Demonopolization and Development of Competition

<http://gki.uz/en>

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/>

Cátedra Fundación ICO-Nebrija de Derecho y Economía de la Competencia

<http://www.fundacionico.es/index.php?id=371>

European University Institute

<http://www.eui.eu/DepartmentsAndCentres/Law/ResearchAndTeaching/ResearchThemes/CompetitionWorkshop/Index.aspx>

Findlaw

<http://lawecon.lp.findlaw.com/>

<http://www.findlaw.com/01topics/01antitrust/index.html>

Global Competition Law Centre (College of Europe)

<http://www.coleurope.eu/fr/website/recherches/global-competition-law-centre>

Hieros Gamos Guide to Antitrust and Unfair Competition Law

<http://www.hg.org/antitrust.html>

Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional

<http://www.ibrac.org.br/>

International Bar Association's Global Competition Forum

<http://www.globalcompetitionforum.org/>

International Competition Network

<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/>

The Antitrust Case Browser

<http://www.stolaf.edu/people/becker/antitrust/>

US Antitrust Materials (Legal Information Institute, Cornell Law School, US)

<http://www.law.cornell.edu/topics/antitrust.html>

OTRAS OBRAS PUBLICADAS

ACTAS DE DERECHO INDUSTRIAL. VOLUMEN 34
(2013-2014)

Anxo Tato Plaza (dir.)

LA COMERCIALIZACIÓN DEL NOMBRE DE DOMINIO
Régimen jurídico

Mónica Lastiri Santiago

LA COORDINACIÓN DEL PROCESO PENAL Y LA
INVESTIGACIÓN TÉCNICA DE ACCIDENTES AÉREOS

Irene Nadal Gómez

LA DILIGENCIA Y RESPONSABILIDAD DE LOS
ADMINISTRADORES Y LA CONTABILIDAD

José María Garreta Such

DISTRIBUCIÓN Y DERECHO DE LA COMPETENCIA
El Reglamento de la Unión Europea sobre
Restricciones Verticales

Sergio Baches Opi

ESTUDIOS DE DERECHO MERCANTIL
Libro homenaje al Prof. Dr. Dr. h.c. José
Antonio Gómez Segade

Ana María Tobío Rivas

Ángel Fernández-Albor Baltar

Anxo Tato Plaza (eds.)

GOBIERNO CORPORATIVO EN SOCIEDADES NO
COTIZADAS

Santiago Hierro Anibarro (dir.)

LIMITACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD EN MATERIA
CAMBIARIA

Hernán Verly

NUEVAS COORDENADAS PARA EL DERECHO
DE OBLIGACIONES

La autodisciplina del comercio electrónico

David López Jiménez

RÉGIMEN JURÍDICO DEL TRANSPORTE MARÍTIMO
DE PASAJEROS

Contratos de pasaje y crucero

Eugenio Olmedo Peralta

LA RESPONSABILIDAD CONTABLE EN EL GOBIERNO
CORPORATIVO DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL

Eugenio Olmedo Peralta

REVISTA DE DERECHO DEL TRANSPORTE.
RDT. 2014. N.º 14

Terrestre - Marítimo - Aéreo y Multimodal

Alberto Emparanza Sobejano (dir.)

fundación



ISBN: 978-84-16212-79-8



9 788416 212798